This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

rag

dzügen.

es Recht.

Herrn Professor Ames
ergebenst überreicht
vom Verfasser.

German
192

Der abstrakte Vertrag

in seinen

historischen und dogmatischen Grundzügen.

Von

Dr. Friedrich Karl Neubecker,
Privatdozent an der Universität Berlin.

Sonder-Abdruck aus dem Archiv für bürgerliches Recht.

Berlin
Carl Heymanns Verlag
1903.

JUN 9 1910

Verlags-Archiv 3620.

Herrn Geheimen Juſtizrat

Profeſſor des Rechtes an der Univerſität Berlin

Dr. Heinrich Dernburg

in

höchſter Verehrung

und

treueſter Dankbarkeit

zugeeignet.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Vorbemerkung VII
Einleitung VII
§ 1. Bähr's Lehre 1
§ 2. Grundzüge der geschichtlichen Entwicklung. Rechtsvergleichung . . 7
I. Geschichtliche Entwicklung 7
II. Fremde Rechte 11
Das französische und italienische Recht 11
Das russische Recht 13
Das englische Recht 18
§ 3. Wie verhält sich das B.G.B. zum abstrakten Vertrag? 31
Vorbemerkungen 31
1. Übertragungsverträge, besonders die Eigentumsübertragung . . 34
2. Der abstrakte obligatorische Vertrag 39
§ 4. Resultate 59

Vorbemerkung.

Nachfolgende Abhandlung stellt den am 11. Februar 1902 vor der Juristischen Fakultät der Universität Berlin gehaltenen Habilitationsvortrag des Verfassers dar.

Die Grundideen haben mehrfach Zustimmung, auch Widerspruch gefunden. Verfasser will sie veröffentlichen, da er sie in nächster Zeit nicht vollständig ausführen kann. Teilweise hat Ergänzung stattgefunden.

Einleitung.

Der abstrakte Vertrag ist ein geschichtlich, rechtsvergleichend, dogmatisch interessantes, praktisch bedeutsames, tiefes und breites Problem.

Unter solchen Umständen gilt es, sich zu beschränken: Hauptobjekt der Betrachtung ist die Dogmatik nach B.G.B. Auch hier ist Beschränkung geboten: springende Punkte sind die Eigentumsübertragung und vor allem der abstrakte obligatorische Vertrag.

Dogmatische Voraussetzungen sind Vertrag und Causa; von Bedeutung sind Schenkung, Exzeption, Kondiktion.

Ein kritisches Referat über Bähr und Kindel bildet die Einführung (§ 1).

Sodann ist eine historische und rechtsvergleichende Skizze zu geben (§ 2).

Daran schließt sich der Hauptteil: Die Regelung nach B.G.B. (§ 3).

Eine kurze Schlußbetrachtung wird die Resultate zusammenfassen (§ 4).

§ 1.

Bähr's Lehre.[1])

Bähr hat Vorgänger: abgesehen vom Wechselrecht, Liebe und Gneist. Trotzdem ist in unserer Lehre von ihm auszugehen, sein Werk „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund“[2]) ist von fundamentaler Bedeutung.

Bährs psychologischer Ausgangspunkt ist zweifacher Art:

1. negativ: Die Behandlung der Cautio indiscreta im gemeinen Recht,[3])
2. positiv: Der Abrechnungsvertrag in der Praxis der Kurhessischen Gerichte.

Die Praxis gab ihm den Anstoß, sein Ziel ist ein eminent praktisches. Der Zweck ist gut, aber auch alle Mittel dazu sind ihm

---

[1]) Vgl. Dernburg, Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft, III. S. 496—512.

Kriwzoff, abstraktnyja i materialjnyja objasateljsstwa, Dorpat (Jurjeff), 1898, S. 148—156.

Munch-Petersen, Løftet og dets causa, Kopenhagen 1896, S. 154 bis 162. (Motto: „L'obligation sans cause . . . ne peut avoir aucun effet.“ Code civil.)

Hesse, Über das Wesen und die Arten der Verträge des heutigen römischen Rechts, S. 1 ff., § 30, § 38 u. s. w.

Kindel, Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund, Berlin 1892, bes. S. 72—94.

Hier sind nur die Grundzüge darzustellen. Einzelheiten weiter unten!

[2]) 3. Auflage 1895.

[3]) Gegen die schon früher gekämpft wurde, und mit sehr guten Einwendungen, vgl. Bähr, S. 219; Dernburg, Pandekten, 6. Aufl. II S. 237 § 87 Anm. 10.

recht: er konstruiert das materielle Recht, wie er es zu brauchen glaubt, und versucht dann den Beweis, daß es auch positives gemeines Recht sei.

Er ist Dogmatiker, nicht Historiker. Er opponiert und revolutioniert gegen eine schlechte Praxis im Gewande des konservativen Juristen.

Die Lehre Bähr's hat große Bedeutung erlangt: die Verfasser des B.G.B. sind den Grundideen seines Werkes gefolgt.

Und gerade bei Abfassung des Gesetzes hat Bähr einen energischen Gegner gefunden: Kindel.

Behauptet Bähr, daß es einen abstrakten Vertrag gebe, so sagt Kindel, daß es nie und nimmer einen abstrakten Vertrag gebe, noch gegeben habe, noch geben könne.

Beide differieren praktisch, viel mehr noch theoretisch.

Beide gehen aus vom römischen Recht, tragen ihre Ansichten hinein und finden dann natürlich darin ratio scripta.

Bähr verfährt fein, Kindel setzt sich in schroffen, bewußten Widerspruch zur „Pandektenlehre", ohne einen ernstlichen Versuch der Begründung seiner Ansicht. Daß darum seine Vorschläge verkehrt gewesen seien, wird man trotz der verschiedenen Juristentage nicht behaupten dürfen. Im ganzen waren viele seiner Ansicht, besonders Gierke[4]) und Strohal.[5])

Beide unterstellen ihren ganzen Ausführungen einen Parallelismus des obligatorischen und dinglichen Vertrags.

Bähr sagt: beide können abstrakt sein.

Kindel: beide können nicht abstrakt sein.

Bähr geht aus von der abstrakten Tradition,

Kindel umgekehrt von dem kausalen obligatorischen Vertrag.

Ist diese Parallelisierung berechtigt?

Bejaht man die Frage, so ist beider Verfahren in Ordnung. Es kann nur der Ausgangspunkt fraglich sein.[6])

---

[4]) Gierke in seiner Kritik des E I zu den den § 780 ff. B.G.B. entsprechenden §§ E I.

[5]) Strohal, Iherings Jahrbücher, Bd. 27.

Vgl. auch Hesse, Über das Wesen und die Arten der Verträge des heutigen römischen Rechts, bes. S. 2, S. 197 ff.

[6]) In der Tat ist die Parallelisierung die gemeinsame Fehlerquelle.

Vgl. Bähr im Eingang seines Werkes u. s. w.; Kindel S. 176 (aber auch S. 99).

Verneint man sie, oder zweifelt man, so bedarf es einer getrennten Untersuchung und Behandlung. Letzterer Weg ist sonach auf alle Fälle zu gehen.

Auch von Bähr hätte man ein solches Verfahren erwarten dürfen. Er beginnt mit dem Prozeß und der verschiedenen prozessualischen Lage des besitzenden Eigentümers und des nicht besitzenden Gläubigers. Damit erkennt er die Verschiedenheit an. Die rechtsbegründenden Akte des Obligationen- und Sachenrechts fließen ihm sodann zu der „Vermögensübertragung" zusammen, deren wichtigste Arten die Übertragung von Eigentum und die Begründung einer Obligation sind.

Zweifel unterdrückt er durch die Bemerkung: Die Obligation läßt sich als Vermögenswert betrachten, und — er sagt nicht „also", meint es aber — ihre Begründung als eine Vermögensübertragung (S. 7, 8).

Von ihr wird festgestellt, daß sie in „notwendiger Rückbeziehung zu einer juristischen Funktion, welche sie auszuüben bestimmt ist" stehe. Diese Funktion wird causa genannt. Die Vermögensübertragung kann entweder Selbstzweck sein oder nicht. Als Schenkung ist sie Selbstzweck, sie ist Negation einer anderweitigen causa[7]), der von Bähr sogenannten positiven.

Die Gleichstellung beider Arten der „Vermögensübertragung" ist aber noch nicht gesichert.

„Die Unabhängigkeit der Eigentumsübertragung von ihrem Rechtsgrunde" steht zwar für Bähr fest, nicht ebenso die Unabhängigkeit der „Vermögensübertragung, welche mittels Konstituierung eines Forderungsrechts vor sich geht". Das „einfache Versprechen", die Obligation in ihrem „natürlichen Bestande" verlangt eine Causa, sie kann „nur in Verbindung mit ihrem Rechtsgrunde zur prozessualischen Geltung" gebracht werden. Aber — das Obligationsverhältnis kann mittelst eines künstlichen Abstraktionsprozesses aus dem „natürlichen Bestande" in ein „anderes Stadium" gebracht werden, in dem das einfache Versprechen aus seiner natürlichen Verbindung mit seinem

[7]) Sehr richtig dagegen Burckhard, Schenkungsannahme S. 18. Ähnlich wie Bähr auch Liebe, Stipulation S. 123 A. 3; (vgl. Voigt, Condictiones ob causam S. 499); Schloßmann, Zur Lehre von der Causa obligatorischer Verträge S. 61. Wie Bähr auch schon Gneist, s. dagegen, ähnlich wie Burckhard, Hesse, über Wesen und Arten der Verträge S. 11.

Rechtsgrunde losgetrennt und zu einer selbständigen Obligation erhoben wird.

So war es mit der Stipulatio der Römer.

Nach dem so auf sophistisch-rationalistischem Wege und durch einen Sprung aus dem Prozeßrecht in das materielle Recht[8]) die historische Stipulation, die nach Bähr ganz unnatürlich anfing und immer natürlicher wurde, gewonnen ist, wird im Anschluß an viele Quellenstellen das datum und promissum gleichgestellt und die Stipulation zu einem neuen Leben erweckt, natürlich ohne die römische Form — und so haben wir denn den formlosen abstrakten obligatorischen Vertrag.

Die Kehrseite des abstrakten vermögensrechtlichen Vertrages ist die Condictio.

Die vollzogene Vermögensübertragung kann wegen mangelnder objektiver Causa wieder rückgängig gemacht werden — aber nur, wenn ein Irrtum bei der Leistung vorgelegen hat, sonst nicht, — weil anerkannt ist.

Es ist zwar sine causa datum, — aber es bleibt dabei. Gilt das nun auch von dem sine causa promissum?[9])

Grundsätzlich ja! Aber es gibt Ausnahmen, die teils positiver Natur sind, teils darauf beruhen, „daß der Schuldner der Stipulation gegenüber in der allgemein mehr begünstigten Lage der Verteidigung sich befindet."

Das sind erhebliche Gegengründe, die verstärkt werden durch die Anzahl der von Bähr selbst zum Teil als erheblich bezeichneten Ausnahmen; er zählt deren 10 auf.[10])

Immer noch hat Bähr Zweifel:[11]) er wirft die Frage auf, ob es sich denn bei der condictio obligationis nicht um eine Klage auf „Feststellung eines Rechtverhältnisses" handle? Die Frage wird nicht direkt beantwortet. Es wird einfach die angebliche „Regel" aus-

---

[8]) Vgl. Hesse, Über Wesen und Arten der Verträge S. 262.

[9]) S. 70.

[10]) Das sind allerdings etwas weniger als Mascardus (Bähr S. 221) von seiner Regel: confessio sine causae expressione non valet, gelten lassen will. Dieser hat 18.

[11]) S. 75.

drücklich wiederholt:[12]) „Indebite solutum und indebite promissum stehen hiernach rücksichtlich der Anfechtbarkeit einander völlig gleich."

So gewinnt Bähr seinen abstrakten obligatorischen Vertrag aus dem abstrakten datum, dieses aus der condictio indebiti,[13]) genauer aus der Negation derselben, überhaupt aus der ganzen Kondiktionenlehre.[14]) Das sind auch für das B.G.B. wichtige Punkte.

Bähr stützt sich auf das römische Recht. Was bestimmt dieses? Von einer einheitlichen Antwort für alle Entwicklungsphasen desselben kann keine Rede sein.

Das römische Kaiserrecht und Justinian jedenfalls waren den abstrakten Obligationen nicht günstig. Dernburg[15]) spricht vom „Grabgeläute der abstrakten Stipulation", Oertmann[16]) weniger objektiv vom „greisenhaft bevormundenden Charakter des justinianischen Rechts", ein Vorwurf, der an Bährs Ausspruch[17]) von dem „in einer Art polizeilicher Beaufsichtigung der Rechtsgeschäfte sich wohlfühlenden Bureaukratismus" anklingt.

Kindel[18]) spricht umgekehrt vom „Manchestertum in der Jurisprudenz". Damit wird auf den zum Teil politischen Charakter der Materie hingewiesen, die Grundfrage nach dem Verhältnis des Privatrechts zum öffentlichen Recht gestreift.

Jedenfalls müssen wir konstatieren, daß es um die Fundierung des abstrakten obligatorischen Vertrages nicht gut steht,[18a]) trotz der Behauptung Bährs, daß Justinian die allgemeine Tendenz hatte, den Urkundenbeweis[19]) zu stärken. Wo bleibt überhaupt die geschichtliche Entwicklung zwischen Justinian und heute? Kann man so 1300 Jahre und mehr einfach überspringen?

---

[12]) S. 79.

[13]) Vgl. S. 58, S. 129. Auf ähnlichem Wege gewann Windscheid seine „Voraussetzung", Savigny seine Irrtumslehre. Beide sind heute überwunden.

[14]) Vgl. auch S. 9.

[15]) Pandekten II S. 64.

[16]) Das abstrakte Geschäft S. 1. Vgl. Bähr S. 107 „Zeitalter sinkender Kraft".

[17]) S. 223. Vgl. Hesse, a. a. O. S. 205.

[18]) S. 77. Vgl. auch Schwartz, Zivilprozeßreform S. 141.

[18a]) Vgl. auch Hesse, Über Wesen und Arten der Verträge S. 369.

[19]) S. 181. Insoweit also kein „Zeitalter sinkender Kraft"?

Die abstrakte Tradition ist ein schwankender Boden, selbst wenn im übrigen die Paralleliſierung wirklich zuträfe. Daß ſie nicht zutrifft, iſt ſchon daraus zu entnehmen, daß die Römer niemals die obligatoriſchen und dinglichen Verträge unter einem höheren Geſichtspunkt zuſammenfaſſen.[20]) Daß die Causa in den römiſchen Quellen nicht gerade ſehr präzis iſt, betonen Bekker[21]) und Pernice[22]) und iſt erſichtlich aus der Aufzählung bei Voigt,[23]) und daß auch die Kondiktionenlehre nicht in Ordnung iſt, hat Pernice[24]) energiſch hervorgehoben.

Der Beweis des poſitiven Rechts iſt Bähr nicht gelungen. Daß aber die Parteien nicht abſtrakt wollen, noch die Abſtraktion wollen können, ſagt Bähr ſelbſt ausdrücklich,[25]) ohne allerdings daran feſtzuhalten. Kurz darauf[26]) ſpricht er „von einem auf die Abſtraktion von der Causa gerichteten Willen". Das ſind Widerſprüche.[27])

Auf dieſem Wege iſt eine Löſung des Problems nicht möglich, ſie iſt auch Bähr nicht gelungen. Er fiel aus dem Extrem der ſchlechten Praxis der cautio indiscreta in das andere Extrem des materiell-rechtlichen abſtrakten Vertrages, in dem er, wie die Praxis ſeiner Zeit von dem Satze ausging, daß der Gläubiger (Kläger) alle Vorausſetzungen ſeines Rechts beweiſen müſſe: er trieb den Teufel mit Beelzebub aus. Der praktiſche Erfolg ſeines Werkes, ſein großartiges Verdienſt der Anregung, Förderung und Vertiefung wird damit nicht bemängelt.

---

[20]) Pernice, Labeo I, S. 403. Vgl. ſpäter die fremden Rechte.

[21]) Pandekten II § 100 N. n.

[22]) Labeo II, 1 S. 241.

[23]) Condictiones ob causam, vgl. Wendt, Neurecht und Gebundenheit I, S. 8, Kuntze, Die Obligation im römiſchen und heutigen Recht, S. 110, v. Willebrand, om causa vid obligatoriska rättsärenden särskildt vid stipulationen, Helſingfors 1902, S. 1 ff. u. a.

[24]) Labeo I, S. 419; II, 1, S. 241; III, 1, S. 214. Vgl. Baron, Condictionen S. 54.

[25]) S. 15, S. 8.

[26]) S. 16, vgl. S. 124 f.

[27]) Voigt, Condictiones ob causam S. 514.

§ 2.

Grundzüge der geschichtlichen Entwicklung. Rechtsvergleichung.

I.

Geschichtliche Entwicklung.

Betrachtet man die geschichtliche Entwicklung und die fremden Rechte, wesentlich mit Rücksicht auf das Obligationenrecht, so kann dieses Urteil nicht befremden.[1])

Die geschichtliche Entwicklung im allgemeinen[2]) läßt sich kurz so bezeichnen: Realkontrakt, Realformalkontrakt, symbolischer Formalkontrakt, Verbal- und Literalkontrakt. Erst langsam trennt sich das materielle Recht vom Prozeßrecht,[3]) das Obligationenrecht[4]) vom Sachenrecht, der Wille von Wort und Form..

Im Anfang herrscht das Wort. Und wie das Strafrecht im Werke, so sieht der Prozeß und das Zivilrecht[5]) im Worte das Wollen.[6])

Das alte Recht ist Formalrecht, das alte Rechtsgeschäft Formalgeschäft,[7]) der alte Prozeß formalisierte Fehde, bei welcher der Staat vermittelt und Friede wirkt. Es herrscht der Typus, die Gesamtheit

---

[1]) Vgl. Munch-Petersen, Løftet og dets causa, S. 7 u. 8.

[2]) Vgl. Jhering, Geist des römischen Rechts, 5. Aufl. 1898, II, 2, S. 505.

[3]) Für die „Exceptio", für die Betrachtung besonders des römischen und auch des englischen Rechts von Bedeutung.

[4]) Vgl. Kuntze, Die Obligation im römischen und heutigen Recht, S. 4 ff.; die folgende Darstellung des englischen Rechts.

[5]) Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte, 3. Aufl., S. 295, 716.

[6]) Brunner, Forschungen, S. 272, S. 488; Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte II S. 347. Jhering, Geist des röm. Rechts II, 2, § 45. Pernice, Labeo II, 1, S. 105. Pollock and Maitland, History of English law II S. 564. Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter I, S. 164, 238. Viollet, Histoire du droit civil français, 2. Aufl., 1893, S. 592. Franken, Das französische Pfandrecht im Mittelalter, S. 43 ff.

[7]) Schröder, Rechtsgeschichte, S. 59. Zallinger, Wesen und Ursprung des Formalismus im altdeutschen Privatrecht, S. 16. Brinz, Pandekten IV, S. 88, 239; Munch-Petersen, Løftet og dets causa, S. 417. Liebe, Stipulation, S. 3, Ernst, Die formale Natur der Wechselobligation, S. 15.

stellt ihren Willen und ihre Anschauungen über den Willen und die Anschauungen der Individuen.[8]) Man versenkt sich nicht in die Seele der Prozeß- und Geschäftsparteien.[9])

Wir haben weder Causa noch demgemäß Abstraktion von der Causa. Wir haben Formalität.

Das wird mit der Steigerung der Staats- und Richtergewalt und der Entwicklung der Individualität anders.

Der Inhalt sprengt die Form, der Wille löst sich vom Wort, das Individuum befreit sich vom Typus.

Der Staat kämpft mit, er befreit das Individuum von den alten Gewalten, um es seiner Gewalt zu unterwerfen.[10])

Mit den alten Formen geht die alte Freiheit[11]) und Unfreiheit verloren, es kommt eine neue Freiheit und Unfreiheit: Freiheit von der Form und Unfreiheit gegenüber dem Staat und dem Richter.

So bekommen wir das Inquisitionsprinzip im Prozeß und das Willensdogma im materiellen Recht.

Man strebt einerseits nach materieller Gerechtigkeit und verfällt andrerseits der Weitschweifigkeit und damit Ungerechtigkeit. Der Gläubiger wird mit Beweisen überbürdet und harrt der Befriedigung. Besserung war nötig. Man verfiel nun in das andere Extrem, wie Bähr, der sich auf die Windscheidsche „Voraussetzung" stützte und den gewollten abstrakten Vertrag konstruierte.

Hier haben wir auch Willensdogma und zwar der abstraktesten Qualität, aber ohne richterliche Nachprüfung. Es gleicht also insoweit dem alten Recht, auf das es sich stützt, freilich mit dem wesentlichen Unterschied, daß das charakteristische des alten Vertrags, die Form, verschwand. Wir haben scheinbar die Vorteile beider Entwicklungsreihen: nämlich die Freiheit von der Form sowohl als auch vom Staat. Das ist aber zu viel Freiheit, das ist Schrankenlosigkeit, das ist die Souveränetät des Individuums, genauer betrachtet, des Gläubigers, während der Schuldner durch die Ausübung seiner Freiheit sich zum Sklaven seines Wortes gemacht hat.

---

[8]) Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte I, S. 178.

[9]) Brunner, Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechts, S. 273.

[10]) Brunner, Deutsche R.G. II, S. 231; Brunner, Forschungen, S. 388.

[11]) Brunner, Forschungen, S. 272. Jhering, Geist II, 2, § 45 S. 471.

Neben diese Entwicklung, die sich lediglich um die romanistische Individualobligation drehte, trat eine andere,[12]) welche man vielleicht die der germanistischen oder modernen Verkehrsobligation nennen kann, deren wesentliches Element die Urkunde ist, die carta im Gegensatz zur notitia, und die eine Annäherung des Obligationenrechts an das Sachenrecht in mehr oder minder starkem Grade bedeutet.[13]) [14])

Gegenwärtig vereinigen wir beide Entwicklungsreihen: die Individualobligation und die Verkehrsobligation.

Daraus folgt aber nicht, daß beide den gleichen Grundsätzen unterliegen. Das wird vielfach behauptet. Charakteristisch ist die Vergleichung der Stipulation mit dem Wechsel.

Beide sind abstrakt, sagt man. Der Unterschied ist viel bedeutsamer. Die Stipulation schafft eine Individualobligation und kann als Verbalobligation keine andere Funktion ausüben. Der Wechsel dagegen ist auch Träger von Verkehrsobligationen und duldet insoweit überhaupt keine Vergleichung mit der römischen Stipulation.[15])

Parallel damit geht eine doppelte Ausgestaltung des guten Glaubens. Wir haben einen privaten Glauben und einen öffentlichen oder Verkehrsglauben. Der erstere ist die römische bona fides unter

---

[12]) Vgl. Franken, Das französische Pfandrecht des Mittelalters, S. 242.

[13]) Vgl. Kuntze, Die Obligation, S. 230, 234. Brunner, Deutsche Rechtgeschichte II, S. 424. A. 19. Brunner, Rechtsgeschichte der Urkunde I, S. 207.

[14]) Das Schriftwesen bedeutet wohl einen Einbruch in das alte germanische System der Geschäfte (v. Amira, Grundriß des germanischen Rechts, S. 139); es wurde aber dem deutschen Recht assimiliert und des römischen Charakters entkleidet: aus der notitia wurde eine carta. (Brunner, Forschungen, S. 628; Brunner, Das französische Inhaberpapier des Mittelalters, S. 92; Brunner, Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde, S. 16.)

[15]) „Nur die Skripturobligation kann und soll negoziabel sein". Kuntze, Obligation, S. 230. Vgl. Franken, Das französische Pfandrecht im Mittelalter, S. 261.

Auch Bähr, S. 233, S. 234: „In der Indossationsfähigkeit des Wechsels erweist sich eine Eigenschaft der Wechselobligation, kraft deren diese zu allen anderen (römisch-rechtlichen) Obligationen in Gegensatz tritt."

S. 234: „Zufolge dieser Natur der Wechselobligation tritt diese und die ihr zugrunde liegende Causa in ein Verhältnis entschiedener Trennung"; s. auch S. 236 A. 4. Vgl. Ernst, Die formale Natur der Wechselobligation, S. 14. v. Martens, Versuch einer historischen Entwicklung des wahren Ursprungs des Wechselrechts, 1797, S. 4.

den Vertragsparteien. Hier wird der Wille betont gegenüber der Erklärung.

Dazu tritt im modernen Recht der öffentliche Glaube, der sich an die äußere Gestaltung hält. Hier tritt der individuelle Wille zurück hinter der Erklärung und der Tatsache.

Der öffentliche Glaube hält sich an den Besitz,[16]) Sach- und Tabularbesitz,[17]) und an die Urkunde; kurz: an die äußere Gestaltung.[18])

In beiden Stadien ist Obligation und Eigentum, Urkunde und Sache, etwas Verschiedenes, wie der Mensch und seine Äußerungen zu Hause und im öffentlichen Leben. Das berührt sich mit Brunners Satz: „In der Hand des ersten Nehmers ist kein Wertpapier ein Wertpapier öffentlichen Glaubens.[19])

Für uns kommt bezüglich der Obligation hier nur der private Glaube in Betracht. Es muß die auf Verkehr angelegte Obligation in ihren Beziehungen zu dritten gutgläubigen Personen aus äußeren Gründen ausgeschieden werden.

Zu betonen war aber die Unterscheidung dennoch, um von vornherein Front zu machen gegen diejenigen, welche um des modernen Verkehrs willen die Notwendigkeit eines abstrakten Vertrages behaupten. Das Bedürfnis des modernen Verkehrs läßt sich auf viel einfachere Weise befriedigen. Es verlangt nicht, daß ein Nicht-Gläubiger um einer Formalität[20]) willen — und selbst die Form wollte man

---

[16]) Vgl. Franken, Das französische Pfandrecht im Mittelalter, S. 39: Der Satz en fait de meubles etc. läßt „hinter der Innehabung den Titel sozusagen verschwinden".

[17]) Das ist Besitz, und damit vermutetes Recht, laut Urkunde. Das vermutete Recht ist Sachenrecht. Und so wie der vermutete Eigentümer Eigentum (oder ein anderes Recht) übertragen (verschaffen) kann, auch wenn es ihm nicht zusteht, so kann auch der Formalgläubiger, der vermutete Gläubiger, eine Obligation, die ihm nicht zusteht, übertragen (verschaffen). Vgl. auch § 405 B.G.B. in dieser Beziehung. Bezüglich des Handelsregisters vgl. Reichsgericht 51 S. 33 und dazu die treffenden Bemerkungen Staubs, Deutsche Juristen-Zeitung, 1903, S. 20.

[18]) Vgl. Dernburg, Über die Vollmacht, B.R. I, 476.

[19]) Vgl. dazu Bähr S. 236 A. 4 „... so daß danach der Wechsel in erster Hand gewissermaßen nur die Natur eines qualifizierten Schuldscheines annimmt."

[20]) Giorgio Giorgi, Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano III. S. 572.

streichen! — Gläubiger wird;[21]) es verlangt einen raschen Prozeß (Urkundenprozeß ꝛc.) und Schutz des gutgläubigen dritten Erwerbers. Das letztere Bedürfnis kann der „abstrakte" obligatorische Vertrag allein überhaupt nicht befriedigen, wegen der absoluten Wirkung seines dogmatischen Reflexes, der Kondiktion, und der Möglichkeit, daß der Zessus alle Einreden ex persona cedentis dem Zessionar entgegenstellt.[22])

Ferner führt ein „abstrakter" Vertrag, dem und soweit ihm ein rascher Prozeß nicht parallel geht, fast nur eine fiktive Konstruktionsexistenz; sein praktischer Wert ist gering.

II.

Fremde Rechte.

Werfen wir einen Blick auf die außerdeutschen Rechte, so ist für das französische, italienische, russische, englische Recht und andere zu konstatieren, daß sie keinen abstrakten obligatorischen Vertrag und bezüglich der anderen vermögensrechtlichen Verträge zum Teil nur vereinzelte, theoretisch nicht durchgearbeitete Ansätze eines solchen kennen.

Für die Obligation insbesondere suchen sie die Lösung der praktischen Seite unseres Problems auf dem Gebiete des Prozesses. Von Kondiktion ist nicht die Rede, man spricht von Präsumtion und Gegenbeweis.

Das französische und italienische Recht.[1])

Das französische Recht trennt nicht scharf Obligationenrecht und Sachenrecht. Das Obligationenrecht hat das Übergewicht, der „Vertrag" ist prinzipiell der obligatorische.[2]) Contrat ist der Verpflichtungs-

[21]) Dernburg, Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft III, S. 496; Dernburg, B.R. II, 1, S. 193. Vgl. Kindel, Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund S. 74 A 54. Hesse, a. a. S. 199. Auch der Grundbuchstand schafft nur eine Vermutung, an sich noch nicht materielles Recht.

[22]) Vgl. Oertmann, D. Jur. Ztg. 1902, S. 106. Kindel, Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund, S. 206/207. Vgl. auch Graßhoff, Das Wechselrecht der Araber, 1899, S. 66. Huysinga, Schuld und Schuldursache, S. IX.

[1]) Vgl. Munch-Petersen, Løftet og dets causa, S. 173—254. Dem französischen gleicht das niederländische Recht, vgl. Huysinga, Schuld und Schuldursache, S. Iff.

[2]) Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts II, S. 220. Vgl. auch. bezügl. der Zession Crome, Grundlehren des französischen Obligationenrechts S. 243.

vertrag; die Convention, analog dem englischen agreement, als die Vereinbarung überhaupt, verblaßt daneben.[3])

Bezüglich der Obligation bestimmt Code civil a. 1131: l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. Vgl. bezüglich der convention a. 1132.

„Nach französischem Recht sind also prinzipiell alle Rechtsgeschäfte kausale (nicht abstrakte) Rechtsgeschäfte".[4])

Ja, für das Anerkenntnis ist sogar bestimmt, daß der frühere Schuldtitel seinem wesentlichen Inhalt nach wiederholt werden muß.[5]) Die Abrechnung ist sowenig wie nach englischem Recht und nach englischer Auffassung abstrakt.

Bei der praktischen Betrachtung ist die Beweislehre von eminenter Bedeutung. Art. 1132: la convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée. Das wird wichtig auch in Verbindung mit der Bestimmung, daß bei commencement de preuve par écrit Zeugenbeweis zur Ergänzung zugelassen ist.[6])

Bei cause exprimée ist jedoch weder gegen den Inhalt der Urkunde noch über einen Zusatz, noch über sonstige Erklärungen bei oder nach Aufnahme der Urkunde Zeugenbeweis zulässig. Gegenbeweis kann also nur durch Urkunden geführt werden.[7])

Davon gibt es eine wichtige Ausnahme: die cause illicite kann im Verhältnis der Parteien zu einander mit allen Beweismitteln bewiesen werden.[8])

Der dingliche Vertrag steht dem obligatorischen grundsätzlich gleich. Crome behauptet zwei Ausnahmen:

„Abstrakt" soll sein: { 1. der Erlaß nach Art. 1282 ff.[9])
2. die Überlieferung eines Objektes zum Zwecke der Erfüllung.[10])

---

[3]) Zachariae-Crome II, S. 410. Vgl. auch Crome, Grundlehren des französischen Obligationenrechts, S. 241.

[4]) Zachariae-Crome I S. 357, Anm. 8.

[5]) Art. 1337. Zachariae-Crome II S. 401/402.

[6]) Zachariae-Crome II S. 428, IV S. 607.

[7]) Zachariae-Crome IV, 602 II S. 429, Anm. 5. Vgl. das englische Recht.

[8]) Zachariae-Crome IV S. 607, II S. 429, Anm. 5.

[9]) Zachariae-Crome II S. 753.

[10]) Zachariae-Crome II S. 754. Vgl. auch Crome, Zeitschrift für franz. Zivilrecht Bd. XXI, S. 333.

Der abstrakte Charakter des Erlasses ist mir äußerst zweifelhaft; ein näheres Eingehen darauf wie auf die Kondiktionenlehre verbietet sich hier.

Fest steht — und darauf kommt es wesentlich an — daß nach französischem Recht von einem sogenannten „abstrakten" obligatorischen Vertrag und dementsprechend von einer condictio obligationis keine Rede sein kann.

Die Motive zum E. I B.G.B. freilich meinen, daß die französische Praxis den „abstrakten" obligatorischen Vertrag eingeführt habe. Beweis wird nicht geführt und kann nicht geführt werden. Oder sollten die Motive an die Beweislehre denken?[11])

Dem französischen Recht entspricht das italienische.[12])

Codice civile art. 1119. L'obbligazione senza causa, o fondata sopra una causa falsa od illecita (1122) non può avere alcun effetto.

1120. Il contratto è valido, quantunque non ne sia espressa la causa. 1121.[13]) La causa si presume sino a che non si prova il contrario. 1122. La causa è illecita, quando è contraria alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico.

Das russische Recht.

Im russischen Recht und in der russischen Literatur herrscht wenig Klarheit.

Bei der geschichtlichen Entwicklung fällt die immer schärfere Formalisierung der Rechtsakte auf.

In ältester Zeit finden wir Verbalkontrakte (sslowessnyje dogowory) mit dem Gebrauch von Symbolen.[1])

---

[11]) Einen ähnlichen Fall von Genauigkeit s. bei Crome, Grundlehren des französ. Obligationenrechts, S. 142, Anm. 6.

[12]) Vgl. dazu Giorgio Giorgi, Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano, 5. Aufl. Vol. III. (1899), bes. S. 561—574; Nr. 40 S. 41, 84, 434—440 zu art. 1119; Nr. 442 zu art. 1120, 1121; Nr. 286 und 444 zu art. 1122. Chironi, Istituzioni del diritto civile italiano II. S. 47 ff.

[13]) „il quale risolve una controversia tuttora indecisa nel diritto francese". Giorgio Giorgi III, S. 567, wo auch die französischen Autoren angegeben sind. Vgl. auch Bähr S. 223.

[1]) Wladimirßkij-Budanoff, Obsor istorii russkawo prawa, 2. Aufl. 1888, S. 494. Solche Symbole sind: litki, Bewirtung; mogarytsch, Handgeld, Lohn; rukobitje, Handschlag; woslijanije bogam, Trankopfer für die Götter.

Die symbolischen Formen verschwinden; im Beginn der moskowitischen Periode genügt das bloße Wort. Das ändert sich. Nach einem Ukas von 1635 soll die Klage abgewiesen werden, wenn Kläger keine Urkunden vorlegen kann.

Bald genügt auch in sehr vielen Fällen nicht mehr die Schrift; es wird behördliche Mitwirkung (nepremennoje utschastije obschtschesstwennoj wlassti) verlangt. Eine solche Urkunde heißt krepostj.[2])

Wer selbst nicht schreiben kann, läßt die Urkuude durch den Popen oder Gerichtsschreiber abfassen.[3])

Unter Peter dem Großen unterliegen alle Akte behördlicher Mitwirkung.

Katharina II. beschränkte dies auf Immobiliarveräußerungsverträge.

Charakteristisch ist für die ganze Entwicklung das Durcheinandergehen von Obligationen- und Sachenrecht, sowie ein starker, bureaukratischer Formalismus. Von einem abstrakten Vertrag ist nichts zu entdecken.

Für das geltende russische Recht kommt in erster Linie das Gesetz in Betracht, und zwar Bd. X, Teil 1 des Sswod sakonoff, auch genannt Uloshenije grashdansskawo prawa. Das 3. Buch handelt von den Eigentumserwerbsarten und zählt als solche auf:

1. Verleihung, Schenkung, Teilung, Mitgift, letztwillige Verfügung, zusammengefaßt als schenkweise oder unentgeltliche Erwerbsarten.
2. Gesetzliche Erbfolge.
3. Tausch und Kauf.

Eine hübsche Unordnung, die aber wohl für kausale Tradition spricht.

Das 4. Bnch behandelt die Verbindlichkeiten aus Verträgen (objasateljsstwa po dogoworam).

Nach einem abstrakten Vertrag wird man vergeblich suchen. Bemerkenswert ist andererseits, daß die berühmten Artikel des Code civil[4]) über cause nicht aufgenommen sind.[5])

---

[2]) Wladimirßkij-Budanoff, S. 495. Krepostj entspricht etymologisch etwa unserer „Handfeste".

[3]) Interessant ist dabei folgende Bestimmung: Ist die Urkunde vom Popen des dem Gläubiger gehörigen Dorfes geschrieben, so ist sie unverbindlich wegen des Verdachts der Fälschung und vertragswidriger Beschwerung des Schuldners.

[4]) Der vielfach als Vorlage gedient hat.

[5]) Das würde also der Ansicht von Giorgio Giorgi, Teoria delle

Ebenso fehlen — jedenfalls ausdrückliche — Kondiktionsbestimmungen.[6])

Aus der Literatur kommt in erster Linie das Hauptwerk über russisches Zivilrecht von Pobjedonoßzeff[7]) in Betracht.

Das Werk lehnt sich im ganzen an das Gesetz an; ein allgemeiner Teil fehlt. Sachenrecht und Obligationenrecht sind nicht scharf getrennt. Charakteristisch ist eine Äußerung des Grafen Ssperansky, die Pobjedonoßzeff berichtet.[8]) „Der Kaufbrief ist keine Verbindlichkeit, sondern eine traditio symbolica.“ (Kuptschaja jesstj nje objasatjeljsstwo, a traditio symbolica). Dieser Satz stimmt nach Pobjedonoßzeff mit dem allgemeinen Gesichtspunkt der Gesetzgebung überein, „es sei überhaupt kein wesentlicher Unterschied gemacht zwischen der vollendeten Übereinstimmung der Parteien, auf welche die Übergabe sich gründe (causa traditionis) und der Verwirklichung (Realisierung) dieser Übereinstimmung, die in der Handlung der Übergabe zum Ausdruck gelange.“[9])

Das genügt. Die Russen haben also kausale Tradition, freilich nicht ohne Konfusion, wie Pobjedonoßzeff selbst klagend gesteht.

Daß Bestimmungen über die Kondiktionen im Gesetz fehlen, wurde erwähnt. Trotzdem sind sie im geltenden Recht, kraft Gerichtsgebrauchs, vorhanden. Die Entscheidungen des Kassationsdepartements des Senats

---

obbligazioni nel diritto moderno italiano III, S. 573 u. S. 41 nr. 41, entsprechen, der die Causa als Willensbestandteil betrachtet und sie als selbständiges Requisit gestrichen wissen will. Vgl. dazu auch Schloßmann, Zur Lehre von der Causa obligatorischer Verträge, 1868, S. 39, S. 43, und Bähr, Anerkennung S. 124.

[6]) So kann man völlig den Motiven zum Entwurf des Obligationenrechts — Grashdansskoje uloshenije. Kniga pjataja. Obijasateljsstwa. ss objassnenijami, St. Petersburg, 1899, 5 Bände — zustimmen, wenn sie Bd. 1 S. 1 ausführen, das geltende russische Recht sei: veraltet und darum ungerecht, widerspruchsvoll, lückenhaft, systemlos, insbesondere ohne allgemeine Bestimmungen, die Gesetzesredaktion sei unbefriedigend, die juristische Terminologie nicht innegehalten. Das Fehlen von Kondiktionsbestimmungen wird besonders S. 2 hervorgehoben. Vgl. Pobjedonoßzeff III S. 30.

[7]) Kurss grashdansskawo prawa, ssotschinenije K. Pobjedonosszewa. Sanktpeterburg 1896. 3 Bände und eine Beilage mit Register u. a.

[8]) I, S. 277.

[9]) Pobjedonoßzeff, I S. 278.

folgen den römischen Kondiktionsgrundsätzen. Daß das Verhältnis zur „kausalen" Tradition klar wäre, kann freilich nicht behauptet werden.

Jedenfalls spricht Pobjedonoßzeff nur von peredatscha weschtschi, Übergabe einer Sache. Weschtschj, Sache, ist freilich auch eine res incorporalis. Aber dennoch sind die Kondiktionengrundsätze hierauf nicht anwendbar.

„Jede Obligation bewahrt ihre besondere individuelle Bedeutung in ununterbrochenem Zusammenhange mit der erzeugenden Ursache ihrer Entstehung (Causa)."[10])

„Spricht man von der Wirksamkeit der Obligation, so ist zu achten 1. auf die erzeugende Ursache (pobuditjeljnaja pritschina), 2. auf die Form der Obligation."[11])

„Es ist nicht möglich, eine Verbindlichkeit ohne solchen Zweck sich vorzustellen. Irgend ein Grund muß vorhanden sein. Aber nicht überall ist derselbe angegeben, und in diesem Sinne kann man alle Verbindlichkeiten in zwei Klassen einteilen:

in konkrete, mit dem Ausdruck des bewegenden Grundes,

und abstrakte, ohne solche Bezeichnung (obligation causée und non causée)."[12])

„Eine Verbindlichkeit überhaupt ohne Grund ist nicht denkbar: wenn es möglich wäre zu beweisen, daß sie ohne juristischen Grund ist, dann natürlich wäre es keine Verbindlichkeit. Darum besteht in vielen Gesetzgebungen die Regel, daß eine Verbindlichkeit ohne jeden Grund unwirksam ist."[13])

Kann danach etwa behauptet werden, die russische Praxis habe den „abstrakten" Vertrag eingeführt, wie die Motive zum B.G.B. dies der französischen Praxis nachgesagt haben?

Hervorzuheben ist mit Rücksicht auf das B.G.B. die energische Betonung der Nichtigkeit eines Vertrages mit causa illicita.

---

[10]) Pobjedonoßzeff, III S. 6. Und zwar im Gegensatz zum Sachenrecht, meint Pobjedonoßzeff. Vgl. Wendt, Reurecht und Gebundenheit, I. Heft, S. 11, und Dernburg, Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft, Band III S. 507.

[11]) III S. 39.

[12]) Pobjedonoßzeff III S. 40.

[13]) Pobjedonoßzeff III S. 41.

„Das Gesetz vernichtet die auf ein gesetz(rechts)widriges Ziel gerichtete Willenseinigung."[14])

„Der durch das Gesetz verbotene Vertrag kann für keine der Parteien als Quelle irgendwelcher auf diesen Vertrag gegründeter Rechte dienen."[15])

Auch eine Spielschuld (igornyj dolg) ist nichtig.[16])

Mit Rücksicht auf die praktische Gestaltung ist noch das Darlehen von Interesse.

„Ein Darlehen, bei welchem eine Übergabe von Geld oder Anrechnung auf Kredit nicht stattgefunden, heißt „geldloses" (besdeneshnyj sajom) und gilt als nichtig (a. 2014)."[17]) Jedoch wird nicht gefordert, daß im Schuldschein (sajomnoje pissjmo) der Empfang des Geldes zum Ausdruck gelange; es wird nur gesagt: „ich habe erhalten und verpflichte mich zu zahlen."[18])

Der Einwand nicht erhaltener Valuta kann jedoch beim behördlich beurkundeten Darlehensschuldschein[19]) nicht erhoben werden.[20])

Weniger russisches Recht als allgemeine Rechtsbegriffe nach dem Vorbilde und System der Pandekten gibt Scherschenjewitsch.[21]) Er erkennt im allgemeinen abstrakte, und zwar abstrakte obligatorische Verträge an.[22]) Begründung fehlt. Nach seiner Meinung hat der Mangel der Causa „keinerlei Einfluß auf die Kraft des Vertrages".[23])

---

[14]) Entscheidung des Kassationsdepartements 1880, N. 286, Pobjedonoßzeff III, S. 42.

[15]) Entscheidung des Kassationsdepartements 1870, N. 982. 1878 N. 85. Pobjedonoßzeff III S. 43. Vgl. S. 33. S. 41.

[16]) Pobjedonoßzeff III S. 338.

[17]) Pobjedonoßzeff III S. 337.

[18]) „ich habe erhalten", ja sanjal, ist erforderlich. Pobjedonoßzeff III, S. 340. So war auch nach älterem russischem Wechselrecht, analog dem französischen und früheren italienischen Recht, die Valutaklausel wesentlich. In der neuen russischen Wechselordnung von 1902 ist dies Erfordernis gestrichen.

[19]) Krepostnoje sajomnoje pissjmo.

[20]) Pobjedonoßzeff III S. 338.

[21]) Utschebnik russkawo grashdanskawo prawa. 2. Aufl. Kasan. 1896. 724 S.

[22]) S. 406.

[23]) S. 407. Vgl. dagegen Bähr S. 199.

Das wäre eine sehr kräftige Abstraktion. Bei der Lehre von der Bereicherung ist keinerlei Hinweis auf die „condictio obligationis“ zu finden; bei der Tradition ist die Frage nach der Causa gar nicht aufgeworfen.[24])

Das englische Recht.[1])

Das englische Recht kennt keinen allgemeinen Teil und keine zusammenfassende Theorie der Verträge. Ansätze finden sich. So spricht Pollock[2]) von agreement, womit er Savignys „Vertrag“ übersetzt, — aber mit der Bemerkung, daß der Sinn weiter ist, als die englischen Schriftsteller annehmen.

Law of contracts ist das Obligationenrecht, soweit es auf Kontrakt und Quasikontrakt beruht.[3])

Das Sachenrecht ist Immobiliar- und Mobiliarsachenrecht.

Das Erstere scheidet hier aus.[4]) Das Mobiliarsachenrecht ist dem französischen analog. Insbesondere genügt der Konsensualkauf (sale)

---

[24]) Römisches und gemeines modernes Recht, nicht russisches Recht, behandelt die Monographie von Kriwzoff, Abstraktnyja i materialjnyja objasateljsstwa, Dorpat (Jurjeff) 1898. Herr Professor Pergament (Odessa) hat mir das im Buchhandel vergriffene Werk, sowie den Entwurf des russischen Obligationenrechts nebst 5 Bänden Motive freundschaftlichst übersandt, wofür ich auch hier meinen herzlichsten Dank bekunde.

[1]) Vgl. Munch-Petersen, Løftet og dets causa, S. 257—304.

[2]) Principles of contract, 5. Aufl. S. 658.

[3]) Ähnlich früher die gemeinrechtliche Theorie. Vgl. Exner, Tradition, S. 508. Für römisches Recht vgl. Pernice, Labeo I, S. 403, und Sav. Stift. IX, S. 200. Zu den Quasikontrakten gehört auch die condictio als implied contract. Andere, so Ames, sprechen von constructive trust.

[4]) Vgl. Pollock, the land laws, London 1896. (1897 wurde eine Land Transfer Act erlassen): S. 3. „Thus our system of landed property is a structure of the most complex and heterogeneous kind. So great is the technical complication and difficulty of our laws on the subject, that within the special studies of the legal profession the study of them is a specialty of itself. Even among accomplished lawyers the number of those who are well versed in real property law is but small; the number of those who know the history of the law is a smaller one still. Vgl. über die derivativen Eigentumserwerbsarten sowie über den sachenrechtlichen Vertrag Gundermann Englisches Privatrecht I, S. 180ff. Pollock and Maitland, the history of English Law. 2. Aufl. Bd. II, S. 1ff., bes. S. 80—106. Es wird seisin and title verlangt. Vgl. Brunner, Forschungen, S. 4.

zur Übertragung des Eigentums, im Gegensatz zum agreement to sell, dem Mobiliarkaufvorvertrag, dem „Kauf" einer beweglichen Sache nach § 433 B.G.B.[5])

Eine Konsensualschenkung mit dinglichem Effekt gibt es aber sowenig wie im französischen Recht.[6])

Für den obligatorischen Vertrag gilt: the specific mark of contract is the creation of a right, not to a thing, but to another man's conduct in the future.[7]) Sein Inhalt ist ein Versprechen, promise.[8]) So entsteht die Fundamentalfrage: „what promises are enforceable?"

Hier setzt die Lehre von der consideration ein. Man kann kurz sagen: a promise with consideration is enforceable.

Genauer: a parol or simple contract bedarf im Gegensatz zu deed oder contract under seal einer consideration.

Damit werden wir gemäß der Natur des englischen Rechts auf einen historischen Rückblick gewiesen.

Das englische Recht ordnet sich in seiner geschichtlichen Entwicklung den allgemeinen Entwicklungsgesetzen unter. Es geht aus von der Form, das Obligationenrecht insbesondere vom Formalrealakt. So erscheint es selbst noch im System von Blackstone „as a mere supplement to the law of property."[9])

Neben den Formalrealakt tritt der Formalakt: pacts require vestments.[10]) Daneben besteht auch der formlose Realvertrag, dessen Ausgangspunkt die Geldleihe ist. Dem schließt sich der Fall des unbezahlten Verkäufers an:[11]) he has parted with property and demands a return.

[5]) Vgl. Jenks, the history of the doctrine of consideration in English law. London 1892. S. 84.

[6]) Das englische und französische Recht tragen hier durchaus germanische Züge. Vgl. Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte, 3. Aufl., S. 62; 273 ff. Brunner, Forschungen, S. 624, Anm. 3. v. Amira, Grundriß des germanischen Rechts, 2. Aufl. 1901, S. 136.

[7]) Pollock, Principles of contract S. 1.

[8]) Stephen, Commentaries on the laws of England II, S. 54.

[9]) Pollock and Maitland, history II, S. 184.

[10]) Pollock and Maitland, history II, S. 196. Von da ab beginnt die englische Sonderentwicklung gegenüber dem kontinentalen Recht bei und nach der Rezeption. Vgl. für älteres deutsches Recht Brunner, Forschungen, S. 630.

[11]) Pollock and Maitland II, S. 212.

Die res ist der Grund; it enters no one's head that a promise is the ground of this action.

Des Klägers pleader klagt nicht: whereas the defendant promised to pay,

sondern: whereas the plaintiff lent (or sold or leased) to the defendant. In short he will mention some causa debendi and that cause will not be a promise.

Das ist der Rechtszustand zur Zeit von Glanvilla[12]) und Bracton.[13])

Später macht man den Versuch, to discover the common element in the legitimae causae debendi[14]) und findet dasselbe in dem quid pro quo.[15])

Man hält also an dem altgermanischen Rechtsprinzip fest, daß die Gerichtshöfe nichts unternehmen, to uphold gratuitous gifts or to enforce gratuitous promise.[16])

So die allgemeinen Grundzüge. Im einzelnen ergibt sich folgendes Bild. Alle Klagen vor dem Jahre 1833 zerfallen in real und personal actions,[17]) die personal actions wieder in actions founded on contracts und on tort.

Zu ersteren gehören Debt, Account, Covenant, zu letzteren Trespass, Case, Replevin.[18]) Eine unsichere Stellung hatten Detinue und Assumpsit.

Covenant lag vor, if a man had put his seal to a charter.

---

[12]) Glanvilla X, 3. Is qui petit, pluribus ex causis debitum petere potest, aut enim debetur ei quid ex causa mutui aut ex causa venditionis, aut ex commodato, aut ex locato, aut ex deposito, aut ex alia iusta debendi causa.

[13]) Summa p. 215. Ex promisso autem nemo debitor constituitur, nisi causa praecesserit legitima promittendi. Vgl. dazu Huysinga, Schuld und Schuldursache, Amsterdam 1901, S. IX, S. 53ff.

[14]) Pollock and Maitland II, S. 212.

[15]) Pollock and Maitland II. S. 213.

[16]) Vgl. Brunner, Forschungen, S. 732. Heusler, Institutionen des dtsch. Privatr. I, S. 81. Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 62. v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht I, S. 506ff., II S. 614ff. Kohler, Rechtsvergleichende Studien über islamitisches Recht, 1889, S. 91; Kohler, Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte S. 51. (Holtzendorffs Encyklopädie, 6. Auflage.) Ihering, Zweck im Recht I, S. 279.

[17]) Jenks, Consideration, S. 108.

He was bound by the solennity[19]) of the act. Einen Zweifel gab es da nicht, von consideration war nicht die Rede, was gegenwärtig modifiziert ist.

A writ of Debt wurde gegeben, wenn der Kläger Geld oder Mobilien dem Beklagten in Gegenwart von Zeugen gegeben hatte.[20])

Außerdem bekam ein Kaufmann eine Klage for the balance of account stated.[21])

Das sind die früheren Kontraktsklagen.

An die action of Debt schloß sich die action of Detinue an, mit freedom of wager of law.[22]) Vom debet geht man über zum detinet.

Die action on Assumpsit ist dagegen eine Deliktsklage. Es hat jemand etwas übernommen, auf sich genommen, und er tat es nicht oder nicht ordentlich: es lag entweder malfeasance oder misfeasance oder non-feasance vor.[23])

Aber das bloße „Assumpsit" war nicht genügend. Die Klage verlangte noch a consideration given for the undertaking. Die einheitliche Theorie der consideration im technischen Sinne amalgamiert erst Debt und Assumpsit,[24]) und zwar um die Mitte des 16. Jahrhunderts.

Ein quid pro quo wurde verlangt.[25]) Das ist nicht die römische causa, was schon früh erkannt wurde, wenn auch immer und immer wieder vereinzelte Versuche gemacht wurden, das quid pro quo und die causa zu identifizieren.

---

[18]) Jenks, Consideration, S. 110.

[19]) Vgl. dagegen den sog. „formlosen" abstrakten Vertrag und Bährs Theorie über die römische Stipulation.

[20]) Jenks, Consideration, S. 119.

[21]) Jenks, Consideration, S. 120.

[22]) Jenks, Consideration, S. 129, S. 171.

[23]) Jenks, Consideration, S. 130. Das erinnert an Schloßmanns Vertragstheorie. Vgl. dazu Hartmann, Die Grundprinzipien der Praxis des englisch-amerikanischen Vertragsrechts gegenüber der deutschen gemeinrechtlichen Vertragsdoktrin, 1891, S. 38. (Abdruck aus dem Archiv für die zivilist. Praxis, Band 77, S. 161—243.)

[24]) Jenks, Consideration, S. 222.

[25]) Jenks, Consideration, S. 186.

Charakteristisch ist der im Jahre 1530 publizierte Dialogue of the Doctor and Student, auf den die englischen Schriftsteller stets verweisen.[26]) Hier wird scharf unterschieden zwischen der „consideration of worldy profit“ und „causa“.[27])

Aus dem quid pro quo entwickelt sich durch die Rechtsprechung und die Wissenschaft allmählich der einheitliche Begriff der consideration[28]) des heute geltenden Rechts. Im einzelnen ist manches bestritten; es herrscht hier lebhafter Streit unter den englischen Juristen.

Grundsatz ist: consideration ist eine der Grundbedingungen eines valid contract.[29]) Scharf sprach dies Chief Baron Skynner[30]) aus: „The law of this country supplies no means, nor affords any remedy, to compel the performance of an agreement made without sufficient consideration.“

Ausnahmslos gilt dieser Satz aber nur für parol or simple contracts, nicht für deed or covenant.

Hier gilt vielmehr die Parömie: where a contract is under seal, the consideration is presumed,[31]) ein Satz, der freilich auch Anfechtung erfahren hat.

Sehen wir vorläufig davon ab. Was bedeutet consideration bei parol or simple contracts, und zwar auch im Gegensatze zu conveyances, worauf besonders Jenks in seiner Monographie hinweist?

---

[26]) Jenks, Consideration, S. 131 ff.

[27]) Jenks, Consideration, S. 136. Das deutet auf Einfluß des kanonischen Rechts. Vgl. Hartmann, Grundprinzipien, S. 28. Vgl. auch Brunner, Das französische Inhaberpapier, S. 92.

[28]) Bezüglich des Namens vgl. Vinnius, com. de Inst. ed. 1755 p. 661 Addison, Contracts, S. 2): Tantum meminerimus distinguendas esse promissiones serias, meditatas et utiles ab inconsideratis, temerariis atque inutilibus, cum quis non dispositive, ut loquuntur, nec serio, sed vel narrative, vel per iocum, et aliud agens, aliquid pronuntiat, ut ex illis tantum, non ex his, obligatio et actio oriuntur. Vgl. auch Ulrich Zasius, Freiburger Stadtrecht von 1520 im 2. Traktat von den Kontrakten. (Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht, S. 26 Art 1: . . . „welcher dem andern etwas mit bedachtigkeit zusagt, es sey mit blossen worten oder andern zusagungen . . . . .“

[29]) Pollock, Principles of Contract, S. 131.

[30]) Jenks, Consideration, S. 35.

[31]) Pollock, Principles, S. 131

Bei contract, beim obligatorischen Vertrag hat die consideration dieselbe Funktion wie die französische cause:

Keine Obligation ohne cause, keine Obligation ohne consideration (immer abgesehen von Covenant). Aber das Wesen der consideration ist spezifisch englisch.

Einige charakteristische Beispiele sollen zuerst dieses Wesen andeuten.

A. verspricht dem Gläubiger, B.s Schulden zu zahlen. Es liegt nullum pactum ohne consideration vor, die Klage wird abgewiesen. Ebenso steht es, wenn der Erbe verspricht, Schulden seines Erblassers zu zahlen, wenn er nicht ohnehin schon dazu verpflichtet ist.

Eine Witwe verspricht, Schulden ihres Ehemanns, oder eigene under coverture kontrahierte Schulden zu zahlen.

Es verspricht jemand, mehr an Kaufpreis oder Lohn für ein Werk zu geben, als ursprünglich ausgemacht wurde, und zwar ohne neue consideration.

Der Gläubiger verspricht, sich mit weniger als dem vollen Betrag seiner Forderung begnügen zu wollen, oder er gewährt Stundung, ohne neue consideration.

Dieser letzte Fall hat Anfechtung erfahren: so spricht Pollock von absurdity. Er verlangt consideration nur für formation of contracts, nicht aber für discharge of contracts.[32]) Die englische Praxis hält aber an dem Satz fest, und ebenso die Doktrin.

Eine besonders wichtige Gruppe von Verträgen bilden — kurz — Dotal- und ähnliche Versprechen. Sie sind dogmatisch interessant, aber auch für die geschichtliche Entwicklung von großer Bedeutung.

Ein merkwürdiger Fall wird aus dem Jahr 1614 berichtet:[33]) eine Frau verspricht dem Freier ihrer Tochter gegen das Versprechen einer Geldsumme, ihren Mann zur Zustimmung zur Ehe bewegen zu wollen. Es geschieht, die Hochzeit findet statt, sie verlangt Zahlung der versprochenen Summe.

Sie drang durch: it was held a sufficient consideration.

---

[32]) Pollock hat Recht, aber er begründet zu eng. In Wirklichkeit liegt hier conveyance vor. Diese bedarf keiner Consideration. Vgl. auch Hofmann, Die Entstehungsgründe der Obligationen, insbesondere der Vertrag, S. 78.

[33]) Jenks, Consideration, S. 141.

Ein Dotalverſprechen aus dem Doctor and Student:

Ein Mann ſagt zu einem anderen: heirate meine Tochter und ich will Dir 20 Pfund geben. Die Hochzeit findet ſtatt: it is a good contract, and he may have quid pro quo, that is to say, the preferment of his daughter for his money".

Von Intereſſe iſt auch eine Entſcheidung aus dem 14. Regierungsjahr Edwards IV. (1461—1483). Verſprach der Beklagte to give £ 20 „with" the defendants daughter, ſo gehört die Sache vor die geiſtlichen Gerichte,

verſprach er to give £ 20 „to the plaintiff for marrying his daughter, ſo iſt das a matter for common law;

„because that he did another thing for this £ 20, so that the plaintiff had quid pro quo".[34])

Das erinnert an Dig. 44, 7, 19.[35])

Wie iſt nun consideration zu definieren?

Die Exchequer Chamber gab im Jahre 1875 folgende description: „A valuable consideration, in the sense of the law, may consist either in some right, interest, profit, or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss or responsibility, given, suffered or undertaken by the other."[36])

Im weſentlichen kommen alle engliſchen Schriftſteller darauf hinaus.[37])

Jenks[38]) ſagt etwas kürzer:

---

[34]) Jenks, Consideration, S. 187.

[35]) promissio dotis non videtur lucrativa causa esse, sed quodammodo creditor aut emptor intelligitur, qui dotem petit. Vgl. Ihering, Zweck im Recht I, S. 289.

[36]) Pollock, Principles, S. 166.

[37]) Eine merkwürdige Verwandtſchaft mit der engliſchen consideration, wie Schloßmann mit trespass und assumpsit, zeigt Huyſinga, Schuld und Schuldurſache, 1901, S. 53. „Schuldurſachen gibt es nur von zweierlei Art: Zugefügter Schade und erhaltener Wert"; u. ſ. w. So käme die causa auf die consideration heraus. Ganz aber kaum, wie ſchon das Seite 57 ausgeführte Beiſpiel vom Auftrag zeigt. Jedenfalls iſt der Verſuch Huyſingas ſehr intereſſant, und es iſt lebhaft zu wünſchen, daß er ſeine Studien über den Kreis des franzöſiſchen und niederländiſchen Rechts hinaus (Seite V) auf das engliſche und überhaupt das germaniſche Recht ausdehne.

[38]) Jenks, Consideration, S. 3.

a consideration is a detriment voluntarily incurred by the promisee [or a benefit conferred on the promisor at the instance of the promisee] in exchange for the promise.

Sie ist executed, wenn die Leistung mit Rücksicht auf das Versprechen vollzogen ist, executory, wenn die Gegenleistung in promise oder forbearance besteht.

Von der executed ist past consideration scharf zu scheiden. Past consideration ist keine consideration in the sense of the law.

Ist etwas getan ohne Rücksicht auf ein Versprechen, so fehlt für das später erfolgte Versprechen die consideration; das Versprechen muß also der psychische Grund der Handlung des Versprechensempfängers sein.

Das kommt zum Ausdruck in der Definition der Indian Contract Act von 1872.[39])

„When, at the desire of the promisor, the promisee, or any other person, has done or abstained from doing, or does or abstains from doing, or promises to do or abstain from doing something, such act or abstinence or promise is called a consideration for the promise."[40])

---

[39]) Vgl. Addison, Contracts, 9. Aufl. S. 2.

[40]) Die Formulierung zeigt Ähnlichkeit mit Windscheids „Voraussetzung". Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, S. 271: „Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung ist folgende. Wenn Jemand etwas gibt oder sich obligiert, oder auch etwas tut unter der Voraussetzung, daß etwas sei, gewesen sei oder sein werde, oder auch nicht sei, nicht gewesen sei, nicht sein werde, und die Wirklichkeit entspricht dieser Voraussetzung nicht, oder hört auf, ihr zu entsprechen, so kann er das Gegebene, oder, wenn er sich obligiert hat, die eingegangene Obligation [so konnte sich Bähr auf Windscheid berufen!], oder, wenn er sonst etwas getan hat, den Vermögenswert dieses Tuns kondizieren." Abgesehen freilich von der Formulierung bestehen bedeutende Unterschiede, deren Hervorhebung auf Windscheids Lehre ein helles Licht wirft. 1. Windscheids Voraussetzung ist von Bedeutung bei den Kondiktionen, die consideration bei der Entstehung von Verpflichtungen. 2. Die consideration ist ein objektiver Umstand, die Voraussetzung innerer Vorgang. 3. Die consideration ist Vertragsinhalt; die Voraussetzung ist als innerer Vorgang einseitig. 4. Die consideration ist psychische Veranlassung, ein Band von einem Willen zum andern, die Voraussetzung nur einseitiger lediglicher Gedankeninhalt. — Es besteht zwischen beiden auch der von Windscheid hervorgehobene Unterschied zwischen Motiv und Voraussetzung. Die consideration ist freilich nicht Motiv in dem Sinne, wie

Danach ist die consideration fast ein rein kaufmännisches, ökonomisches Prinzip.[41])

Der Versprecher will den Versprechensempfänger zu einem Tun veranlassen, darum verspricht er.

Any inconvenience suffered, any liability incurred, any trouble undertaken by the promisee, is sufficient to create consideration.[42])

Die consideration ist das Prinzip der ökonomischen Ausgleichung. Daraus aber folgt nicht, daß economical adequacy vorliegen muß.[43])

Die Wertschätzung bleibt den Parteien überlassen: der Richter ist kein Handelsmakler.

Andererseits muß die consideration genuine,[44]) das Geschäft darf also nicht dissimulierte Schenkung sein.

In welchem Verhältnis steht nun die consideration zur causa des gemeinen Rechts?

Der consideration entbehren:

1. das Schenkungsversprechen,
2. sämtliche liberale Akte, so die unentgeltliche Bürgschaft (abgesehen vom Kreditmandat), die unentgeltliche Pfandbestellung,[45])
3. die unentgeltliche kumulative und privative Schuldübernahme.
4. das Versprechen der Erfüllung einer Naturalobligation.[46])

---

das Wort gewöhnlich gebraucht wird, nicht einseitiges Motiv, wohl aber ein Motiv, das der eine Teil dem anderen gegeben hat. Sie ist ein Motivband zwischen zwei Willen. Sie ist Willensinhalt, die Voraussetzung Gedankeninhalt. Vgl. auch Irrtum und Täuschung im gegenseitigen Verhältnis. — Auch gegenüber der causa gelten die angedeuteten Unterschiede.

[41]) Das erinnert an das langobardische Recht: in omnibus contractibus permutatio continetur. (Brunner, Forschungen, S. 624, Anm. 3.)

[42]) Jenks S. 223.

[43]) Stephen, Commentaries on the laws of England II, S. 57. „By consideration is here meant some compensation (or quid pro quo) to be afforded by the promisee."

[44]) Jenks, Consideration, S. 13. Vgl. auch noch Pollock, afterthoughts on consideration, Law Quarterly Review, Bd. XVII, 1901, S. 415ff.

[45]) Vgl. Salmond, Essays in Jurisprudence and legal history, S. 182.

[46]) Addison S. 2. Weder love and affection, noch blood relationship, noch friendship sind genügende consideration. Vgl. Stephen, Commentaries on the laws of England II, S. 59. Anders bei covenants (deeds), Stephen, a. a. O. I S. 350.

Verjährte Forderungen jedoch machen auf Grund der statutes on limitation nach englischer Auffassung eine Ausnahme.[47])

So kann man die consideration einen Ausschnitt aus der causa nennen,[48]) vielleicht kurz causa permutandi.[49])

Gemeinsam ist beiden der Gegensatz zum Motiv: „ulterior motives, purposes or expectations may be present, but in legal point of view they are indifferent.“[50])

Consideration ist erforderlich für alle parol und simple contracts, also für alle mündlichen und schriftlichen Verträge. Im materiellen Rechte besteht zwischen beiden kein Unterschied.[51]) Anders steht es im Prozeßrecht und zwar ähnlich wie im französischen Recht.[52])

Eine Besonderheit gilt für die negotiable instruments,[53]) insbesondere für bills of exchange. Zwar bedarf es auch hier der consideration, aber the existence of consideration is presumed, in the absence of suspicious circumstances. Oder: der Wechsel macht prima facie evidence.[54])

---

[47]) Sind sie naturale? Vgl. Oertmann, Natürliche Verbindlichkeiten, Separatabdruck aus der „Allgem. österr. Gerichtszeitung“, 1901, S. 2ff.

[48]) Hartmann, a. a. O. S. 21.

[49]) Vgl. Bekker, Band II, S. 148.

[50]) Pollock, Principles, S. 167. cf. Addison, Contracts, S. 11. Vgl. Hartmann, a. a. O. S. 18.

[51]) Addison, Contracts, S. 9. A written contract has no superiority over a contract by word of mouth.

[52]) Jenks, Consideration, S. 189, 211, 221. Addison S. 60: Es gilt die Regel des Common law: quoties in verbis nulla est ambiguitas, nulla expositio contra verba fienda est; writing stands higher in the scale of evidence than oral testimony. Vgl. für französisches Recht Zachariae-Crome IV, 602, II, S. 429.

[53]) Addison, Contracts, S. 1096. When an instrument is by the custom of trade transferable, like cash, by delivery, and is also capable of being sued upon by the person holding it pro tempore, then it is entitled to the name of a negotiable instrument, and the property in it passes to a bona fide transferee for value.

[54]) Addison, Contracts, S. 1110. Vgl. Giorgio Giorgi, Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano, Bd. III. (1899) S. 567. „Basta dunque, per regola, la causa sottintesa o presunta. Solo deve farsi eccezione per quei casi, in cui la legge la richiede espressa: e tali erano le

Grundsätzlich gilt für covenants (deeds, contracts under seal) nicht das Erfordernis der consideration. Das ist altüberkommenes Recht.[55]) Aber es macht sich auch hier geltend a marked tendency to cut short, if not to abolish their distinctive privileges.[56])

Liegt ein gratuitous contract under seal vor, so ist er zwar nach common law erzwingbar, aber a court of equity will not grant specific performance, wenigstens so lange der covenantor is living. Ja, man läßt sogar den Beweis of the want of consideration zu, soweit der Wortlaut nicht entgegensteht.[57])

Alle Kontrakte aber, simple and parol contracts und covenants sind nichtig,[58]) wenn unlawful or immoral consideration vorliegt.

So kennt das englische Recht keinen „abstrakten" obligatorischen Vertrag.

Daß etwa account stated oder mutual account[59]) dahin gerechnet werden könnte, kommt keinem englischen Juristen in den Sinn.[60])

Ganz besonders ist das bezüglich des Schuldscheins zu betonen. Etwas abstrakteres als den englischen Schuldschein gibt es nicht. Er lautet:[61])

---

cambiali e i biglietti all'ordine nel Codice di commercio del 1865; ma per il Codice vigente anche in questi titoli basta la causa sottintesa. Dazu art. 1121 Cod. civile.

[55]) Vgl. Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Quellen des Mittelalters, S. 29. Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter II, S. 208.

[56]) Pollock, Principles S. 183. Vgl. Jenks, Consideration, S. 9. Stephen, Commentaries on the laws of England, Bd. I S. 350.

[57]) Pollock, Principles, S. 184.

[58]) Addison, S. 2: „either because the consideration for the promise is bad or because, although the consideration is good, yet the promise is bad."

[59]) Addison, Contracts, S. 440.

[60]) Auch deutsche Juristen sind der Ansicht, die Abrechnung sei kausal, nicht abstrakt, analog dem Vergleich.

[61]) JOU = I owe you = Ich schulde Ihnen. Auch substantiviert: an JOU, Schuldschein.

London, .. Jan. 19 ..

Mr. A. B.

JOU £ 20.

C. D.

Ein ſolcher Schuldſchein gibt Klagfundament und Beweisſtellung;[62]) who is in possession of the document, braucht nicht zu beweiſen.[63]) Die consideration wird präſumiert. Das iſt alles! Genau ſo verhält es ſich bei negotiable instruments, insbeſondere bills of exchange, ſoweit immediate[64]) parties in Frage ſtehen.

Das alles iſt einfach und zweckmäßig. Eine condictio obligationis iſt undenkbar. So iſt von der heilloſen cautio indiscreta keine Spur zu entdecken, andererſeits auch nichts von dem Gegengifte des „abſtrakten" obligatoriſchen Vertrages. Freilich: Die Entwicklung des engliſchen Aktionenrechts ſowie des law of evidence hat dieſe ruhige Entwicklung des materiellen Obligationenrechts ermöglicht.[65]) Die kontinentale Rechtsentwicklung zeigt andere Züge.[66])

Im Gegenſatz zum contract ſteht conveyance.[67])

Hier iſt die position of consideration less important and less scientific.

Broadly speaking, a conveyance does not require a consideration.[68])

---

[62]) Vgl. Brunner, Deutſche Rechtsgeſchichte II, S. 375.

[63]) Addiſon, Law of Contracts, S. 448.

[64]) Vgl. art. 33 der ruſſiſchen Wechſelordnung vom 27. Mai (9. Juni) 1902. Graßhoff, Wechſelrecht der Araber, S. 66.

[65]) Vgl. Salmond, Essays IV, the history of the law of contract, S. 172 ff.

[66]) Vgl. Hartmann, Grundprinzipien, S. 22 ff.

[67]) Jenks, Consideration, S. 1. Contract is prospective in its character, it creates new duties and rights; while conveyance operates fully at once, merely transferring existing duties or rights. Stephen, Commentaries on the laws of England I, S. 354 ff. Vgl. Hofmann, Die Entſtehungsgründe der Obligationen, insbeſondere der Vertrag, 1874, S. 78.

[68]) Jenks S. 82.

Genau ist diese Behauptung von Jenks nicht. Auch das englische Recht kennt eine Kondiktion, und auch für diese ist das Fehlen der causa, der consideration von Bedeutung. Freilich durchgebildet ist diese Lehre keineswegs. Mit dem Begriff der consideration allein ist jedenfalls hier nicht durchzukommen, weil a gift of chattels accompanied by delivery pass the property in them.[69]) Es gibt Rückforderung bei failure of consideration. Von besonderer Bedeutung für uns ist die

immoral or unlawful consideration, bez. purpose.

Eine reine conveyance ist hier nichtig.[70])

The vendor who had sold goods so as to pass the general property, but without delivery ... might rescind the contract. Dagegen gilt, daß money or property[71]) **paid** or **delivered** under an unlawful agreement cannot be recovered back,[72]) ebensowenig als money voluntarily paid with full knowledge of all material facts.

Die scharfe Unterscheidung zwischen conveyance mit und ohne delivery ist mit Rücksicht auf das bürgerliche Gesetzbuch ganz besonders zu betonen.

So findet in außerdeutschen[1]) Rechten das von Bähr aufgerührte Problem seine Lösung nicht auf dem Gebiete des materiellen Rechts durch den „abstrakten" Vertrag, sondern auf dem Gebiet des Prozesses, von dem auch Bähr ausging. Man erkennt den falschen Satz nicht an, auf dem Bähr's Theorie beruht, daß der

---

[69]) Jenks S. 83.

[70]) Pollock, Principles, S. 352.

[71]) Eigentümliche Zusammenstellung!

[72]) Pollock, Principles, S. 359.

[1]) Für Österreich vgl. Randa, Eigentum, S. 286. „Daß insbesondere zur Begründung von Vertragsobligationen das Dasein eines rechtlich gebilligten Zwecks unerläßlich sei, ist nicht zu bezweifeln; nur soviel ist bestritten, ob zur gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs die Angabe dieses Grundes (der causa promittendi) nötig ist oder nicht." Für nordisches Recht: Munch-Petersen, Løftet og dets causa, S. 414—428. Im Ergebnis wie nach Randa für österreichisches Recht, wie praktisch überall, wo modernes Recht gilt im Gegensatz zu früheren Entwicklungsstufen. Für islamisches Recht: Graßhoff, Das Wechselrecht der Araber, S. 66.

Gläubiger (Kläger) sämtliche materielle Voraussetzungen seiner Klage zu behaupten und im Bestreitungsfalle zu beweisen habe. Das materielle Recht bleibt intakt, intakt das Recht des Beklagten, eine Nachprüfung der Rechtsbeziehungen zu verlangen,[2]) intakt die Hoheit des Staates, der nicht ein Handlanger privater Willkür und Laune, ein Diener seiner Untertanen ist, sondern ein Hüter von wahrem Recht, wahrer Freiheit, wahrer Ordnung.[3]) Niemand ist sich dessen bewußt als die Rechtsprechung Englands, des traditionellen Landes der Freiheit.

Kein außerdeutsches Recht kennt den abstrakten obligatorischen Vertrag. Das müßte Wunder nehmen, wenn er wirklich vom modernen Verkehre gefordert würde, und ganz besonders für das Gebiet des englisch-amerikanischen Rechts, das eine Welt umspannt.

Erst uns Deutschen, dem Volk der reinen Vernunft, des kategorischen Imperativs blieb es vorbehalten, für die moderne Welt den abstrakten obligatorischen Vertrag, den „reinen" Vertrag, den kategorischen Vertrag zu ersinnen: promisisti, solve!

---

§ 3.

Wie verhält sich das B.G.B. zum abstrakten Vertrag?

Es bedarf einiger Vorbemerkungen. Der abstrakte Vertrag ist seinem Begriff nach ein Vertrag, bei welchem von der causa abstrahiert wird. Daraus ergeben sich folgende Fragen: Was ist causa,[1]) wo ist sie von Bedeutung, welche Bedeutung hat sie? Wer abstrahiert, in welcher Weise kann abstrahiert werden?

---

[2]) Vgl. Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Quellen des Mittelalters, S. 8.

[3]) Vgl. Dernburg, Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft III, S. 506; Kindel, Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund, S. 77. Hesse, Über Wesen und Arten der Verträge, S. 364, 365.

[1]) Vgl. oben. Dernburg, Bürg. R. I, S. 336; II, 1, §§ 88—90; III § 64. Dernburg, Preuß. P.R. I § 94 S. 190ff., S. 221. Dernburg, Pandekten I, 7. Aufl. S. 219, II, 6. Aufl. S. 63. Windscheid-Kipp, Pandekten I § 98, S. 439ff. Voigt, Condictiones ob causam, S. 491—534. Schloßmann, Zur Lehre von der Causa obligatorischer Verträge, S. 28ff. Giorgio Giorgi, Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano III

Nur wo causa von Bedeutung ist, kann Abstraktion gedacht werden; und nur wo Abstraktion gedacht werden kann, gewinnt die causa eine besondere Bedeutung. Das ist der Fall, wo Mittel und Zweck nicht notwendig zusammenfallen. Das trifft nur zu beim Vermögensgeschäft.[2])

So ist festgestellt, daß begrifflich[3]) Abstraktionsmöglichkeit bei jedem Vermögensgeschäft gegeben ist. Aber damit ist nicht gesagt, daß bei jedem Vermögensgeschäft, bei welchem Geschäft, unter welchen Umständen, in welcher Weise **praktisch** abstrahiert werden kann oder soll.[3a])

Hier sind maßgebende Faktoren:
Die geschichtliche Entwicklung,
die praktische Vernunft,
das positive Gesetz.

Die Denkbarkeit ist kein Faktor der Wirklichkeit, nur deren abstrakte Voraussetzung.

Das war zu betonen gegenüber den naturrechtlichen Theorien und gegenüber den modernen Versuchen einer einheitlichen Lösung unseres Problems, insbesondere gegenüber dem Bekker'schen Zuwendungsbegriff, auch gegenüber der Konfusion der Motive zum E. I.

Ein Eingehen auf alle diese interessanten abstrakten Fragen und eine Kritik im einzelnen muß unterbleiben;[4]) ebenso eine Unter-

S. 561 ff. Chironi, Istituzioni del diritto civile italiano I, S. 111, II S. 47. Windscheid, Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, S. 306 ff. Windscheid, Die Lehre des röm. Rechts von der Voraussetzung, S. 47 ff. Krimzoff, Abstraktnyja i materialjnyja objasateljsstwa, Dorpat, 1898, S. 15 ff. Munch-Petersen, Løftet og dets causa, S. 11 ff. Lotmar, Über Causa im römischen Recht. Gneist, Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts, S. 113 ff. Wieland, Der Wechsel und seine zivilrechtlichen Grundlagen, S. 9 ff. Klingmüller, Der Begriff des Rechtsgrundes, S. 13 ff. Hesse, Über das Wesen und die Arten der Verträge des heutigen römischen Rechts, Jena 1868, S. 20. Brusa, il concetto di causa nei negozi giuridici, Torino 1901, 40 S.

[2]) Vgl. Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte, S. 83.

[3]) Vgl. Crome, Grundlehren des französischen Obligationenrechts, S. 243 A 8.

[3a]) Man vergleiche die „begriffliche" und „praktische" Trennung der Teile eines lebenden Körpers. Gegen eine „begriffliche" Zerlegung meines Körpers habe ich nichts einzuwenden, eine „praktische" möchte ich mir verbitten.

[4]) Hier nur einige Bemerkungen zu Bekker's Lehre, Pandekten, Bd. II § 100. „Zuwendung" und Causa gehören zusammen, meint Bekker, trotz Bedenken

suchung des Verhältnisses von Motiv und causa, das gerade beim abstrakten Vertrag neuerdings in Verwirrung geraten ist, so in den Motiven und bei Klingmüller.[5])

Wir gehen von vornherein den Weg der Trennung, wie oben betont, und scheiden die obligatorischen und dinglichen, besser Übertragungsverträge, im weiteren Sinne Verfügungen.

Die causa ist bei beiden verschieden, und auch die Abstraktion muß als ein auf der causa ruhender negativer und darum relativer Begriff verschieden geartet sein.

Daß getrennt werden müsse, ist auch die Meinung von Dernburg,[6])

---

im einzelnen. Im engsten Sinne versteht er unter „Zuwendungen" „Rechtsgeschäfte, welche den Übergang eines Rechtes aus einem Vermögen in das andere bewirken", und zwar translative, konstitutive, restitutive Übertragungen von Sachenrechten, Obligationen, Rechten an unkörperlichen Sachen.

Danach sind die Zuwendungen Übertragungen. Mag auch die Causa fehlen oder fehlerhaft sein, die Zuwendung ist erfolgt — sie kann wegen Fehlens oder Fehlerhaftigkeit der Causa nur rückgängig gemacht werden mittels condictio. Das soll auch für „die Forderungskonstituierung" gelten (S. 166, b). Soll es danach nur sog. „abstrakte obligatorische Verträge" geben? Das ist nicht haltbar (vgl. auch II S. 373, N. y.). Der Ausgangspunkt ist unrichtig. Der obligatorische Akt ist keine „Vermögensübertragung" (vgl. Bähr), keine „Zuwendung" im Sinne Bekkers. Die Zuwendung wäre danach Handlung und Erfolg, Geschäft und Wirkung. Die Causa spielte dann keine Rolle mehr beim Wirksamwerden, nur noch beim Wirksambleiben der Rechtsgeschäfte. Sie hätte nur Bedeutung bei den Kondiktionen und durch die Kondiktionen. Das ginge weit über Bähr hinaus. — Ähnlich wie Bekker schon Gneist (S. 193): „Als Zuwendung (id quod ad alium pervenit) gilt das promissum ebensowohl als das datum." — Bähr und Schlesinger sprechen von „Vermögensübertragung". — Leonhard, Allg. T. (S. 164) von „Vermögensopfer". Den Ausdruck „Zuwendung" gebrauchen u. a. Dernburg (cf. Pand. I § 95); Regelsberger (S. 607); Brinz IV S. 241, I 582; Crome, System S. 331; Cosack, B.R. I S. 150; Windscheid-Kipp I S. 440; Planck I S. 147; Witte, Bereicherungsklagen S. 140. — aber nicht im Sinne Bekkers. Dernburg unterscheidet innerhalb der Zuwendungen kausale und abstrakte Geschäfte; Crome spricht von bestehender und nicht bestehender Zuwendung; Cosack von Zweckzuwendung und reiner Zuwendung; Strohal (Jherings Jahrbücher Bd. 27 S. 335) sagt: es bleibe offen, ob die Causa direkt oder indirekt in das Rechtsgeschäft aufgenommen sei.

[5]) Klingmüller, Der Begriff des Rechtsgrundes, S. 33 u. sonst. Dagegen auch Dernburg, Bürg.R. I, S. 338.

[6]) Bürg.R. I S. 338, A. 3; Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft III, S. 507.

Gierke,[7]) Kohler,[8]) Pernice,[9]) Leonhard,[10]) Exner,[11]) Wieland,[12]) Zitelmann.[13])[14])

Auch das B.G.B. enthält, wie schon die Entwürfe, keine allgemeinen Bestimmungen über das Verhältnis der causa zu den Vermögensgeschäften und damit auch nicht über die Abstraktion.

Im § 812 freilich spricht es vom rechtlichen Grund: „wer etwas ohne rechtlichen Grund erlangt". Aber ehe man an die Kondiktionen gelangt, muß die Art des „Erlangens" untersucht werden, und das muß unabhängig von den Kondiktionen geschehen, sonst verfällt man in den Zuwendungsbegriff Bekkers und wird mit ihm in den Strudel der Bähr'schen Theorie gerissen.

1. Übertragungsverträge, besonders die Eigentumsübertragung.

Die causa ist ein obligatorisches Verhältnis.

Die Übertragungen sind abstrakt.[1])

Das Gesetz bringt das zum Ausdruck durch die Angabe des Inhalts der verschiedenen Verträge.[2]) Eine ausdrückliche Bestimmung über die Bedeutungslosigkeit der obligatorischen causa für den dinglichen Effekt fehlt im Gesetz, im Gegensatz zum E. I.

Wie weit die Abstraktion reicht, ist zweifelhaft. Festzustellen ist, daß die Parteien nicht die allgemeinen Schranken des Privatrechts durchbrechen können.[3])

---

[7]) Deutsches Privatrecht I, S. 286, A. 14.

[8]) Gesammelte Abhandlungen S. 3.

[9]) Labeo I S. 403.

[10]) Allgemeiner Teil S. 264.

[11]) Tradition S. 5 ff.

[12]) Der Wechsel und seine zivilrechtlichen Grundlagen S. 17.

[13]) Allgemeiner Teil S. 132.

[14]) Vgl. noch Randa, Eigentum, S. 286; Schloßmann, Vertrag, S. 141; Wendt, Neurecht und Gebundenheit, S. 11; Hofmann, Die Entstehungsgründe der Obligation, S. 18. Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund u. a. S. auch die obige Darstellung der fremden Rechte, bes. contracts und conveyances.

[1]) Sehr interessante Ausnahmen von diesem „großen Grundsatz" s. § 1444, 1446, 2113.

[2]) Vgl. Cosack II S. 107 § 196, 6, a.

[3]) Vgl. bes. Kipp, Der Parteiwille, S. 11—12.

Im übrigen ist die Regelung des Gesetzes praktisch durchführbar nur, soweit Grundbuch, Formalakte und Realakte reichen, nicht auf dem Gebiet der reinen Willensverfügungen. Von großer praktischer Bedeutung ist besonders die stillschweigende Bedingung.[4])

Notwendig war die ganze Regelung nicht; teilweise sicherlich unberechtigt. Auf das römische Recht kann man sich nicht berufen. Abgesehen von der Streitfrage: hier lagen die Verhältnisse ganz anders als z. B. nach § 892, § 932.[5])[6])

Aus dem großen Gebiet sollen nur 817 und 138 in Beziehung auf die Tradition herausgegriffen werden.

Es herrscht Streit. Angenommen: A. stiftet den B. zum Morde an und gibt ihm als Mörderlohn eine Uhr.

Dernburg,[7]) Hachenburg,[8]) wohl auch Cosack[9]) sagen: Die Eigentumsübertragung ist nach 138 nichtig. A. ist Eigentümer geblieben. Er kann nicht kondizieren nach 817, aber nach 985 vindizieren.

Dagegen sagen andere, wie Enneccerus[10]) und Endemann,[11]) die Eigentumsübertragung könne nicht gegen die guten Sitten verstoßen, da sie abstrakt sei.

---

[4]) Das betont vor allem Dernburg, Bürg.R. III, S. 275, S. 188 Vgl. auch Schloßmann, Die Causa oblig. Verträge, S. 39. Strohal hebt mit Recht hervor (Iherings Jahrbücher 27 S. 395), daß vielfach die Causa und die Traditionsofferte verbunden werden. Vgl. Karlowa, Rechtsgeschäft S. 172. Endemann will dagegen die „stillschweigende" Bedingung überhaupt streichen. Band I (4. Aufl.) S. 326 A. 7. Vgl. aber auch S. 452, 631, 649, 899 A. 11.

[5]) Die Motive III, S. 7 sind freilich anderer Ansicht. „Die sachenrechtlichen Geschäfte sind notwendig abstrakter Natur." S. 8: „Der dingliche Vertrag ist seinem Begriffe nach (s. oben!) ein abstraktes Geschäft." Es wird erklärt, der Satz habe bei den alten Römern (s. oben!) und den alten Deutschen gegolten. Man war wohl der Ansicht, das sei sehr klar und sehr tief? Vgl. Dernburg, B.R. III, S. 188 f.

[6]) Vgl. Buhl, Anerkennung, S. 14; Kohler, Gesammelte Abhandlungen, S. 20; Strohal, Iherings Jahrb. 27, S. 337, 389, 406; Oertmann, Das abstrakte Geschäft, S. 7.

[7]) B.R. III S. 89, S. 275.

[8]) Vorträge S. 60.

[9]) B.R. II S. 29. Vgl. aber auch S. 107, b. Anm.

[10]) B.R. I S. 247.

[11]) B.R. II S. 83.

Daneben denkt man auch, wie schon Bähr: wenn die Eigentumsübertragung nichtig wäre und der Geber als Eigentümer vindizieren könnte, so hätte die condictio, bez. ihr Ausschluß weder dogmatischen noch praktischen Sinn.

Der erste Einwand beweist nichts für das B.G.B.: es fehlt der Nachweis, daß die Eigentumsübertragung so abstrakt sei. Im E. I stand es anders und darum schon dürfen die Motive auch hier nur mit Vorsicht benützt werden. Daß nach B.G.B. die Motive einem Geschäft den Charakter der Unsittlichkeit verleihen können, kann nicht wohl bestritten werden.[12]) Sollte das die causa nicht können? Man kann sie doch höchstens bis auf das Niveau des Motivs herabdrücken. Und daß auch das „abstrakte" Geschäft eine causa und ein Motiv hat, haben muß, ist allgemein anerkannt.[13])

Das abstrakte Geschäft, sagt man, kann seinem Inhalte nach nicht gegen die guten Sitten verstoßen. Das war nach E. I und der Auffassung der Redaktoren richtig: dort war die begriffliche Abstraktion bis zu dieser Maßlosigkeit auch praktisch durchgeführt. Diese unhaltbare Bestimmung, die kein fremdes Recht kennt,[14]) ist gefallen. Jetzt ist die Sachlage so, daß in dem § 138 eine weitgreifende Bestimmung des öffentlichen, des zwingenden Rechts den Parteien wirksam eine Schranke entgegenhält. Diese können die Parteien nicht umgehen.[15])

Der zweite Einwand hat mehr Bedeutung. Wir sind vom römischen Recht her gewohnt, daß die vindicatio die condictio ausschließt.[16]) Ob das richtig ist, kann man bezweifeln, besonders wegen der condictio possessionis. Im übrigen würde auch bei der Vindikationsmöglichkeit der § 817 nicht jeglichen Sinn verlieren, insoweit nämlich das Objekt zur Zeit der Klage nicht mehr vorhanden ist.

---

[12]) Vgl. statt aller Dernburg, B.R. I, S. 378. Auch Planck ist dieser Ansicht.

[13]) Selbst das Gesetz, auf dessen Wortlaut man sich so gern beruft, kann nicht anders. Vgl. 817: Der „Zweck" der Leistung entscheidet, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt. Hat ein sogen. „abstraktes" Geschäft etwa keinen „Zweck"?

[14]) s. besonders das englische Recht.

[15]) s. Kipp, a. a. O. Vgl. Dernburg, B.R. II, 1, S. 198. Crome, System I, S. 342, S. 70 A. 25 II, S. 917.

[16]) Vgl. auch Eccius, D.J.Z. 1903 S. 42.

Grundsätzlich muß ich Dernburg zustimmen: die Eigentumsübertragung ist nichtig. Aber daraus folgt nicht, daß rei vindicatio angestellt werden kann, wenn Besitzübertragung stattgefunden hat. Die Besitzübertragung ist neutral, wie Kohler betont. Wollte A. die Uhr von B. vindizieren, so müßte A. die Nichtigkeit des Eigentumsübertragungsaktes nachweisen und zu dem Behufe auf eigenen Verstoß gegen die guten Sitten rekurrieren. Das aber geht nicht.[17]) Vielleicht könnte man auch die Ansicht Strohals[18]) für das österreichische Recht vertreten, daß „rückfordern" (817) auch die „dingliche Klage" involviere.[19])

Ganz anders liegt der Fall, wenn eine Eigentumsübertragung z. B. durch constitutum possessorium in Frage steht. Hier könnte A. die „Vindikation" des B. wegen Nichtigkeit des Eigentumsübertragungsaktes zurückweisen.[20]) Die Willensverfügungen sind sämtlich nichtig.[21])

Schwierigkeiten entstehen beim Grundbuch. Soll der Tabularbesitz den Naturalbesitz überwinden? Man muß zweifeln. Kann A. Grundbuchberichtigung fordern? Das ist m. E. zu verneinen.

Auf eigene Unsittlichkeit kann niemand sich stützen, um einen geschaffenen Zustand zu ändern.[22]) Er gilt im römischen, englisch-amerikanischen, russischen, nach Kohler[23]) auch im französischen Recht.

---

[17]) Näheres weiter unten.

[18]) Vg. Randa, Eigentum, S. 293.

[19]) Das wäre unter Umständen eine Beruhigung, weil der Wortlaut des Gesetzes den Ausschlag geben würde. Zu demselben Resultate kann auch die Analogie führen.

[20]) Die Gegner Dernburgs müssen konsequent hier anders entscheiden. Ein unmögliches Resultat! Oder sollte man etwa so deduzieren wollen: Nach § 930 muß ein „Rechtsverhältnis" vereinbart werden, kraft dessen der bisherige Besitzer für den anderen besitzt; ein solches Rechtsverhältnis kann aber bei turpis causa nicht vereinbart werden. (Vgl. Kohler, Archiv für Bürg. R. 18, S. 118.) Das zugegeben — wo bleibt dann die „Abstraktheit" der Einigung im Sinne der Gegner? Wie verhält es sich aber im Falle der Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache (§ 931)? Die „Abstraktheit" soll doch auch für Zessionen gelten!

[21]) Das gilt insbesondere für alle „Zessionen", § 398, 413, auch 854 II. Vgl. Stammler, Die Lehre vom richtigen Recht, S. 494.

[22]) Vgl. Kohler, Archiv für bürg. Recht 18, S. 112.

[23]) Kohler, Ideale im Recht, S. 81/82.

Das Reichsgericht[24]) ist freilich für letzteres anderer Ansicht. Es meint, der Satz: in pari turpitudine potior est condicio possidentis, besser nemo auditur turpitudinem suam allegans, beruhe nicht auf allgemeinen Rechtsgrundsätzen, sondern auf besonderen Vorschriften des römischen Rechts. In Frankreich habe er früher auch gegolten, im code civil finde er aber keine Stätte mehr. Hier sei einfach bestimmt, eine obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite sei nichtig. Das letztere ist ganz richtig, beweist aber nichts. Es handelt sich nicht um die Nichtigkeit der Obligation, sondern um die Änderung bestehender Verhältnisse, um eine Klage, die auf eigenen Verstoß gegen die guten Sitten sich gründet. Darüber kann man nicht hinweg. Crome II S. 753 macht Unterscheidungen. Er erkennt den Satz: nemo auditur turpitudinem suam allegans als „aus dem Wesen der Rechtsordnung fließend und auch dem französischen Rechtsbewußtsein durchaus geläufig" an, läßt aber doch eine Rückforderung zu, wenn der Kläger sich berufe auf die Nichtigkeit des Geschäftes, nicht auf die Unsittlichkeit. Ist Ersteres ohne Letzteres möglich, dann ist zuzustimmen. Gründet Kläger aber die Nichtigkeit auf die eigene Unsittlichkeit, dann ist meines Erachtens abzuweisen, auch im französischen Recht.

Die Ansicht des Reichsgerichts ist nicht haltbar. Es handelt sich nicht um einen positiven römischen Satz, sondern um einen von den römischen Juristen entdeckten, dem Rechte seinem Begriffe gemäß immanenten Fundamentalsatz. Das erkennt auch Crome an. Wie kam er in das englisch-amerikanische Recht und in andere?

Für das B.G.B. ist gerade dies zu betonen, weil der Satz im Wortlaut des Gesetzes keinen festen Halt findet. Das Gesetz ist in dieser Hinsicht nicht genügend durchdacht. Der § 817 ist nur ein unklar formulierter und auch unklar gedachter Reflex dieses Satzes. Hoffentlich verfährt man nicht nach dem Wortlaut des Gesetzes, wie das Reichsgericht dies beim code civil getan hat.[25])

Der Wortlaut des B.G.B. ist nicht der Weisheit letzter Schluß.

Wie steht es im Konkurs des A? Kann der Konkursverwalter die Nichtigkeit geltend machen? M. E. ist die Frage zu bejahen;

[24]) Band 40 S. 326—328.

[25]) Vgl. Eccius, D. J.Z. 1903, S. 41.

ebenso steht es mit den einzelnen Gläubigern, soweit diese durch die Verfügung verletzt sind.

Auf demselben Prinzip beruht auch die Entscheidung des Reichsgerichts (48, S. 297) in der Sache Ella Goltz gegen Reichsbank.

2. Der abstrakte obligatorische Vertrag.

Das B.G.B. enthält nichts über die causa des Vermögensgeschäfts überhaupt noch des obligatorischen Vertrags. Darum haben wir noch nicht abstrakte obligatorische Verträge.

Einen festen Boden erhalten wir durch den speziellen Teil des Obligationenrechts. Die Absicht, die dort geregelten Verträge einzugehen, enthält die causa. Die modernen Innominatkontrakte erhalten ihre Bedeutung durch die Stellung zur Schenkung. Alle Innominatkontrakte, die nicht Schenkung sind, sind formlos gültig. Hier ist das Gebiet der englischen Consideration in historischer und dogmatischer Beziehung, der Bekker'schen causa permutandi.[1])

Wie verhält es sich nun mit dem abstrakten obligatorischen Vertrag? Der Betrachtung soll nur das Schuldversprechen nach 780 und das positive Anerkenntnis nach 781 unterzogen werden. Man hat damit anerkanntermaßen Bährs Theorie kodifiziert und nur Schriftlichkeit verlangt.

Es liegt Gefahr in solcher Gestaltung. Die praktischen Vorteile sind Klagfundament und Beweisstellung für den Gläubiger.[2]) Der Gläubiger kann also abstrakt klagen, womit nicht gesagt ist, daß er es ohne abstrakten Vertrag nicht könnte. Die abstrakte Klage ist wohl eine notwendige Folge des abstrakten Vertrages, letzterer aber nicht eine notwendige Voraussetzung der abstrakten Klage. Das wird vielfach übersehen, so von Bähr selbst (S. 126) und den Motiven.

Festgestellt sei außerdem, daß der sog. abstrakte Vertrag die materiell-rechtliche Bedeutung der Reinigung eines Rechtsverhältnisses von Mängeln und Einreden haben kann.

Das sind die praktischen Vorteile, die Bähr anstrebte und in

---

[1]) Vgl. auch Leonhard, Allgem. Teil, S. 264.

[2]) Vgl. Kriwzoff, Abstraktnyja i materialjnyja objasateljastwa, S. 187.

welchen viele den Wert,[3]) ja das Wesen der abstrakten Verträge erblicken.[4])

Ersteres ist richtig, Letzteres nicht.[5]) Das Wesen des abstrakten Vertrages (im Sinne Bährs) ruht nicht in den aufgezählten Vorteilen; sie sind nur Konsequenzen des Begriffs. Um ihretwillen hat freilich Bähr den abstrakten Vertrag konstruiert, in dem er ihn irrig als notwendige Voraussetzung ansah. Und darin folgten ihm die Motive und das Gesetz.

Der abstrakte Vertrag gibt seinem Begriffe nach eine **Obligation**, losgelöst von der causa.

Begrifflich ist das möglich.

Wer nimmt die Trennung vor, wer macht den Vertrag zu einem abstrakten? Der sich Verpflichtende kann es psychologisch nicht. Der andere Teil auch nicht, eben weil menschliches Handeln Zweckhandeln ist. Das steht fest und hat auch Bähr selbst zugegeben.[6])

Die Trennung kann vornehmen das objektive Recht. Aber wie? Etwa dadurch, daß es den Parteien das Recht verliehe, abstrakte Verträge abzuschließen, abstrakt zu versprechen? Diese Frage könnte man geneigt sein, nach 780 zu bejahen: „Zur Gültigkeit eines Vertrages, durch den eine Leistung in der Weise versprochen wird, daß das Versprechen die Verpflichtung selbständig begründen soll (Schuld-

---

[3]) Vgl. Windscheid a. a. O.; Schlesinger S. 14; Brinz II S. 61. Quintilian bei Bähr S. 117; Ernst a. a. O. S. 16; Munch-Petersen S. 423: „det mest brändende Punkt i hele Causalären, Causa'ens betydningsfulde processuelle Funktion."

[4]) Vgl. v. Willebrand, den romerska delegationsläran, Helsingfors 1902, S. 189/190.

[5]) Klar erkannt von Saleilles, Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil allemand. Paris 1890. S. 287.

[6]) Vgl. Bähr, S. 10, 48, 114, 212. Vgl. Dernburg, B.R. II, 1, S. 193. Hesse, Über Wesen und Arten der Verträge, S. 202. Kindel S. 14. Munch-Petersen S. 413. Klingmüller S. 36. Brinz I S. 582. Enneccerus, Rechtsgeschäfte S. 240. Chironi, Istituzioni II, S. 47. Schloßmann, Zur Lehre von der Causa, S. 35 A. 33 gegen Liebe, Stipulation, S. 123 A. 3. Leonhard, Allg. Teil, S. 265. v. Willebrand, om causa vid obligatoriska rättsärenden, särskildt vid stipulationen, S. 10. Voigt, Condictiones ob causam, S. 510, meint freilich, „die Position, daß jede Vermögensübertragung einem Zweck diene, widerstreitet den Gesetzen unserer Psychologie, welche ein zweckloses Handeln anerkennt". Vgl. auch oben § 3 Anm. 1.

versprechen), ist, soweit das Gesetz nicht ein Anderes vorschreibt, schriftliche Erteilung des Versprechens erforderlich."

Das Gesetz sagt nicht: Das angenommene schriftliche Versprechen ist bindend. Aus der Schriftlichkeit geht also die Selbständigkeit noch nicht hervor. Die Schrift ist aber die einzige Form. Wenn nicht aus dieser, woher soll die Abstraktheit dann stammen und erkennbar sein? Die Schrift ist nicht causa efficiens,[7]) nur condicio sine qua non, was Bähr schon für die römische Stipulation, aber zu Unrecht behauptet hat, da er eine „Stipulation ohne Form" gewinnen wollte.

Die Abstraktheit stammt nach dem Gesetz nicht aus der Form, nicht aus einem äußeren Tatbestand, sondern aus dem Willen der Parteien. Das Gesetz verleiht also den Parteien das Recht, die Fähigkeit, abstrakt zu wollen? Ist das nicht, als ob das Gesetz einem Blinden das Recht, die Fähigkeit verliehe, zu sehen, einem Lahmen zu gehen?[8])

Es gibt kein abstraktes Wollen. Was es gibt, das ist eine abstrakte Erklärung,[9]) an welche das Gesetz Wirkungen knüpfen kann. Und das gerade ist nicht geschehen.

Das ist ein schwerer Fehler, wie schon Bährs. Das ist eine unmögliche Basis. Man wird das umdeuten müssen, aber freilich wie?

Jedenfalls kann nach dem Gesetz ein abstrakt **lautendes** Schuldversprechen abstrakt sein oder auch nicht.

Wer soll da entscheiden?

Es sei gestattet, Bülows[10]) Bemerkungen über den Quittungsvertrag zu zitieren:

„Und wenn die Privatrechtsgesetzgebung bestimmt, daß Quittungen „nicht bloß einen durch Gegenbeweis entkräftbaren Beweis der em-

[7]) Nach Endemann I S. 567 dagegen gilt „die Form, die das Gesetz vorschreibt, als Ersatz des Verpflichtungsgrundes".

[8]) Vgl. Kindel, S. 99ff. Ernst, Die formale Natur der Wechselobligation, S. 13.

[9]) Vgl. Leonhard, Allgem. Teil, S. 265. Motive II S. 693. Reichsgericht 39 S. 204, Seuff. A. 48, S. 32. Bayr. Oberstes Landesgericht, Seuff. A. 42, S. 13ff., 47 Nr. 169.

[10]) Geständnisrecht S. 189.

„pfangenen Zahlung erbringen, sondern die Zahlung rechtsverbindlich „feststellen sollen, so dürfte diese Bestimmung, wenn sie den Rechts„verkehr, statt ihm eine Wohltat zu erweisen, nicht bloß verwickelter „und unsicherer gestalten soll, doch nur so getroffen werden, daß „jede Quittung diese verstärkte Kraft haben soll, nicht so, daß, wie „die Beweisvertragstheorie will, den Gerichten in jedem einzelnen „Fall zu untersuchen und meistens bloß zu raten bliebe, ob der „Gläubiger, als er sein „dankend empfangen" auf die Rechnung „schrieb, auf sein „Recht" den Zahlungsempfang zu bestreiten „ver„zichten" oder bloß den Empfang bestätigen, eine Willens„Erklärung oder eine bloße Wissenserklärung habe abgeben wollen."

Wie wenn Streit entsteht, ob ein abstrakt lautendes Schuldversprechen abstrakt sei?[11])

Dann muß der Gläubiger den Beweis der Abstraktheit führen.[12])

Mit dem abstrakten Wollen ist es nichts: einen darüber zugeschobenen Eid könnte jeder Schuldner ruhig schwören. Wie sollte wohl die Eidesnorm lauten?

Und woher soll sonst der Gläubiger den Beweis der Abstraktheit führen, wenn sie aus dem Tatbestand selbst nicht hervorgeht?[13])

Unter solchen Umständen wird dem Gläubiger, sobald der Schuldner die Abstraktheit leugnet oder das Klagbegehren auf Grund des Scheines zurückweist, nichts übrig bleiben, als die Kausalverhält-

---

[11]) Vgl. Oertmann, Das abstrakte Geschäft, S. 9. Hesse a. a. O. S. 361.

[12]) v. Willebrand, om causa vid obligatoriska rättsärenden, S. 13 A. 26.

[13]) Angenommen die Möglichkeit des selbständigen Verpflichtungswillens, bez. die Möglichkeit des abstrakten Vertrags nach der gesetzlichen Regelung — so kommt hierfür wohl § 157 und § 133 (auch 242) in Betracht. So Cosack I S. 582, der aber auch die Frage, wie weit die Causa hereingezogen werden darf, von den Parteivereinbarungen abhängig machen will, s. dazu Kipp, Parteiwille, S. 11, 12. Danz, Laienverstand und Rechtsprechung, Iherings Jahrbücher 38, S. 431, 442, 454, 470, 473, 480. Damit vergleiche man besonders das „abstrakte Wollen"! Pernice, Labeo II 1, S. 236, 240. Kindel S. 16. Auch Bähr selbst S. 199: „Die „materielle Einheit" „erweist sich ferner in dem Einfluß, welchen das materielle Verhältnis auf das Recht aus der Urkunde ausübt, zunächst für dessen Auslegung ..." Endemann I S. 873 dagegen meint: „Die Auslegung nach Treu und Glauben wird durch die Verdeckung des Verpflichtungsgrundes ausgeschlossen."

nisse zu entrollen, wobei er das degradierte abstrakte Schuldversprechen als Beweis benützt. Ja mehr, muß der Gläubiger nicht auch ohne Widerspruch des Schuldners die Abstraktheit beweisen, kann er ein Versäumnisurteil erzielen, im Urkundenprozesse klagen? Beweist er etwa mit der „Urkunde" das „abstrakte" Versprechen?

Für das Schuldanerkenntnis steht es kaum besser. Auch hier kommt es nicht auf das Wort „anerkennen" an, sondern auf den „Anerkennungs"willen.[14]) Auch hier ist die Schrift nicht Causa civilis efficiens, nur Condicio sine qua non.

So hängt der ganze abstrakte Vertrag des B.G.B. in der Luft.

Will man ein sicheres Klagfundament und eine wirklich feste Beweisstellung — so ist als Beispiel der Eigenwechsel mit Rektaklausel zu geben.

Für die rein theoretische Betrachtung und für das dogmatische Operieren mit dem Begriff ist das bedeutungslos. Zu dem Behufe nehmen wir ein sog. abstraktes Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis an, um seine theoretische Behandlung zu untersuchen, soweit das B.G.B. in Frage steht; so daß z. B. die Frage nach der Klageänderung, Rechtshängigkeit, Rechtskraft im Verhältnis des sog. abstrakten Vertrages und des Kausalverhältnisses ausscheidet.[15])

Gegenstand des Schuldversprechens kann jede **Leistung**,[16]) des Anerkenntnisses jedes **Schuldverhältnis** sein; ausgenommen wo eine **besondere Form** vorgeschrieben ist. Das betrifft den Inhalt (vgl. 313; 2371; 2385).

Aber auch gewisse Kausalverhältnisse, was für unsere Zwecke allein wichtig ist:

518. 2301. 565. 762—764.

---

[14]) Oertmann, Das abstrakte Geschäft, S. 14.

[15]) Vgl. Wieland, Der Wechsel u. s. w., S. 62, 76ff., 145. Bähr S. 199, S. 37. Vgl. auch Hellwig, Lehrbuch des deutschen Civilproceßrechts, 1903, I. S. 177, 263.

[16]) Auch dies ist verkehrt! Der Gläubiger soll weniger beweisen müssen und rascher zum Empfang kommen. Letzteres wird hier nicht erreicht, weil Urkundenprozeß nicht möglich ist. Man denke an ein „abstrakt" versprochenes Pferd!

Man kann also — so widerspruchsvoll es klingt — nicht **selbständig** versprechen, schenken,[17]) einen Ehemaklerlohn[18]) zahlen zu wollen.

Man kann ferner nicht abstrakt Spiel-, Wett-, Lotterie-, Differenzschulden zu zahlen versprechen.

Hier wich E. I ab: er gab condictio und exceptio.

Die 2. Kommission dagegen hielt es, nach Planck,[19]) „für **einfacher**, die Vorschriften des Abs. 1 für anwendbar zu erklären". **Praktisch** ist es also gleich; man hat es nur für **einfacher** gehalten. Das ist ein wesentliches Zugeständnis auf Seiten der Anhänger des abstrakten Vertrages.

Sind das nicht Ausnahmen von dem abstrakten Vertrag? Ist das nicht ein Zugeständnis auch, daß die Parteien nicht abstrakt wollen können noch auch dürfen?[20])

Der über die genannten Verhältnisse abgeschlossene abstrakte Ver-

---

[17]) Das gilt auch für den Wechsel, worüber die Meinungen sehr geteilt sind. s. Dernburg, R.R. II, 2, S. 124, wo die Gegner zitiert sind. Zustimmend auch Wieland a. a. O. S. 238. Vgl. auch Bähr S. 121 und S. 236 A. 4. Gegner ist auch Staub S. 212. Der Sondermeinung von Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 273 A. 537, kann nicht zugestimmt werden. Besondere Bedeutung hat die Frage im Konkurs und bei pflichtwidrigen „Schenkungen" im Erbrecht.

[18]) Das gilt auch für den Wechsel, worüber man einig zu sein scheint. Vgl. dazu R.G. 51, S. 158.

[19]) Vgl. Endemann I S. 739 A. 7.

[20]) Oertmann, Das abstrakte Geschäft, S. 9, führt gegen Kindel aus: „Aber wie in aller Welt kann man das unter bewußter Abstraktion von seiner causa abgegebene Versprechen, 100 zahlen zu wollen, zu dem kaufweise erteilten gleichen Versprechen in das Verhältnis eines Teiles zum Ganzen setzen wollen. Beide sind doch toto genere verschieden [vgl. Bähr S. 199!], und nur das mag im einzelnen Fall recht zweifelhaft sein, ob wirklich die Absicht auf Abgabe eines vom Schuldgrund losgelösten Versprechens ging." Wenn der Kaufpreis toto genere vom „abstrakten" Versprechen gleichen Inhalts verschieden ist, warum dann nicht der Ehemaklerlohn? Oertmann zu 656 S. 384: „Denn auch hier (nämlich bei der Umwandlung in ein Schuldanerkenntnis) bleibt in Wahrheit der alte, gemißbilligte Versprechensgrund nur äußerlich hinter dem Formalakt verborgen, vorhanden." Dem stimme ich zu; bezüglich des „Formalaktes" jedoch vgl. oben! Für das Schenkungsversprechen gibt Oertmann zu § 518 selbst zu, daß dies „streng logisch" eine Ausnahme vom abstrakten Vertrag bedeute. Vgl. Kindel S. 98.

trag begründet keine Schuld, auch keine theoretische, darüber ist man einig.[21])

Wie steht es mit den anderen Kausalverhältnissen?

Man wandte konsequent gedacht das Kondiktionensystem an.

Für das römische Recht war die condictio stipulationis eine geniale Neuerung. Sie war praktisch eine Anfechtung der stipulatio. Man darf eben nicht vergessen, was Strohal[22]) besonders betont, daß datum und promissum nicht gänzlich gleichgestellt wurden, und daß ferner auch die condictio eine gänzlich verschiedene Natur beim datum und promissum hat. Bei letzterem ist sie eine in rem gehende und daher völlig in integrum restituierende Anfechtung.[23]) Darum kann von der Befriedigung eines Verkehrsbedürfnisses nie die Rede sein, weder nach römischem Recht, das nicht einmal die Zession kannte, noch nach gemeinem Recht. Hier wird, nach Iherings Worten, kein „Krankheitsstoff" ausgeschieden. Es gibt höchstens Zessionare, nie Indossatare.

Im übrigen ergab sich die Berechtigung der condictio aus der Entwicklung des römischen Rechts.[24])

---

[21]) Über Stammler s. unten. Praktisch stellt sich das Verhältnis so, daß der „Formal"gläubiger auf Grund des „abstrakten" Versprechens klagt. Die Klage ist formal begründet, Beweis die Urkunde (Wechsel). Der Beklagte muß die Fehlerhaftigkeit der causa behaupten und nachweisen. (Vgl. Bähr S. 212, 215.) Erfährt der Richter etwa durch den Klagevortrag den Sachverhalt, so ist von Amts wegen die Klage abzuweisen. (Vgl. Oertmann zu 656 S. 384; Planck zu 656, 762; Schwartz, Zivilprozeßreform S. 153.)

[22]) Iherings Jahrbücher 27 S. 415.

[23]) Strohal a. a. O. S. 416.

[24]) Vgl. auch Bähr S. 75: „Es scheint allgemeinen prozessualischen Grundsätzen zu widerstreiten, wenn hier Klagen gegeben sind, nicht um einen störenden tatsächlichen Zustand zu beseitigen, sondern lediglich um eine ipso iure bestehende, nach dem Recht der aequitas aber bereits unwirksame Obligation zur formalen Auflösung zu bringen, also eigentlich Klagen auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses. Es hing das mit dem ursprünglichen Verhältnis des strictum ius zu den Instituten der aequitas zusammen." (Vgl. Lenel, Ursprung und Wirkung der Exzeptionen, S. 113, Pernice, Labeo II 1, S. 292.) Ferner spricht Bähr vom historischen Grund der Beibehaltung und von der konservativen Tendenz des römischen Rechts. Brinz IV S. 437: „Allein sine causa kontrahierte Stipulationen sind nicht bloß anfechtbar, d. h. bis zur Vorschützung der exceptio oder bis zur Anstellung der condictio wirksam, sondern sofort wirkungslos, also „eitle"

Anders liegen die Verhältnisse nach modernem Recht.[25])

Hier war keine historisch überkommene Stipulation, deren Formalität man überwinden mußte. Sie war nicht vorhanden, aber Bähr[26]) schuf sie — als eine formlose, was ein Widerspruch in sich ist,[27]) und zwar aus ihrem römischen Bekämpfungsmittel!! Das ist ein circulus vitiosus.

„Die Stipulation, sagt Lotmar, muß sich behandeln lassen wie eine Form, die der Kondizent oder Exzipient zertrümmert, wenn er dem Richter zeigt, daß sie hohl ist."

Die condictio ist die Korrektur eines Fehlers, sagt Strohal.[28])

Ist nun der Fehler nur ein Fehler, dann möchte man fragen, warum man ihn macht.

Die Idee des abstrakten obligatorischen Vertrages verlangt als dogmatisches Widerspiel die condictio, das ist richtig. Ohne dieses Ventil würde man in dem luftleeren Raum des „abstrakten" Vertrages ersticken.

Aber eine andere Frage ist, ob sich daraus nicht ergibt, daß der abstrakte obligatorische Vertrag keine Daseinsberechtigung hat. Die Verfasser des Gesetzes haben sie freilich nicht aufgeworfen.

Wie gestaltet sich nun diese condictio in ihren Grundzügen?

Nach 812 gilt die Eingehung eines abstrakten Vertrages als Leistung.[29]) So ist das abstrakte Schuldversprechen nach 241 das

---

und ungültige, wie wir sagen, ope exceptionis nichtige Stipulationen." Oertmann, Das abstrakte Geschäft, S. 13, spricht dagegen auch für das heutige Recht von einer promissio, die ipso iure gültig, nur propter exceptionem inanis sei.

[25]) Vgl. Hesse, Über Wesen und Arten der Verträge, S. 364, 365.

[26]) Vgl. Savigny, Obligationenrecht II, S. 239.

[27]) Giorgio Giorgi, Teoria delle obbligazioni III, S. 572. Wendt, Reurecht und Gebundenheit, S. 8. Schloßmann, Zur Lehre von der causa, S. 42.

[28]) Iherings Jahrbücher Bd. 27 S. 410: „Die condictio beruht „auf der sich durchringenden Erkenntnis, daß der naturale Zusammenhang zwischen Rechtsübertragung (s. oben) und Kausageschäft trotz aller künstlichen Mittel, beide auseinander zu halten, ein unzerreißbarer ist." Vgl. auch Bähr S. 199. Treffend auch hier Hesse, Über Wesen und Arten der Verträge, S. 199 f.

[29]) Das Gesetz spricht hier von der „Anerkennung". Wo bleibt das „Schuldversprechen"? Man kann es unter „etwas" (Abs. 1) fassen; es genügt aber auch der Hinweis auf § 817, der von einer „Leistung" spricht, die in

Versprechen einer Leistung, nach 812 selbst Leistung, man kann sagen: eine für die condictio **fingierte** Leistung.[30])

Die Terminologie ist schon bedenklich.[31]) Liest man so 656 und 762, so sind abstrakte Verträge über Ehemaklerlohn und Spielschulden giltig und klagbar.[32]) So in der Tat Stammler.[33]) Wichtig ist dies auch für 343 und 655.[34]) Diese fiktive Leistung besteht nun nach dem Wortlaut des Gesetzes in der Eingehung einer Verbindlichkeit. Danach kann ein **Rechtsgeschäft** zurückgefordert werden, der durch das Rechtsgeschäft Bereicherte hat das Rechtsgeschäft, die „Eingehung der Verbindlichkeit" herauszugeben. Das ist eine bilderreiche Sprache! Das ist die Konsequenz der fiktiven Leistung.

---

der „Eingehung einer Verbindlichkeit" besteht. Vgl. Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 14 A. 24; Staub zu § 350 A. 13 S. 1088 H.G.B.

[30]) Bähr S. 194 spricht von „fingierter Baarbezahlung". „Fingiert" und „baar" neben einander nimmt sich merkwürdig aus. Wer wird wohl gegen „fingiertes Baargeld" etwas verkaufen? Ähnlich wie Bähr auch Stammler, Die Lehre vom richtigen Recht, S. 493/494: „Das abstrakte Eingehen einer Verbindlichkeit in den besonderen gesetzlichen Formen [vgl. oben!] gilt als Vermögensleistung. Wie der Kaufmann die erhaltenen Tratte im Haben bucht [übrigens wohl jede Forderung, speziell über den Wechsel s. oben!], so wird die Hingabe und Annahme jener abstrakten Schuldurkunden bereits wie eine Zahlung mit Baarmitteln behandelt. Darum findet auf sie nicht 138, sondern 817 ... mit Grund Anwendung. Hierbei ist vorausgesetzt, daß eine Leistung auch **wirklich** gemacht worden ist."

[31]) Zitelmann, Allgem. Teil, S. 129, spricht von „Leistung" im engeren und weiteren Sinn.

[32]) Es wird hier bestimmt, daß das Versprechen eines Ehemaklerlohns oder einer Spielschuld klaglos ist, das Geleistete aber nicht zurückgefordert werden kann. In dem jeweils zweiten Absatz heißt es dann: „diese Vorschriften" gelten — kurz — auch für den abstrakten Vertrag. Man wird fragen dürfen: „welche" Vorschriften, die von dem Versprechen der Leistung oder die von der Leistung? Daß es sich in Wirklichkeit nicht um eine Leistung, sondern eben um das Versprechen einer Leistung handelt, kommt auch bei Oertmann zu 518 S. 238 zum Ausdruck. Auch die Motive II S. 693 verschließen sich dem nicht, kommen dabei freilich zu merkwürdig komplizierten Ergebnissen bezüglich der condictio indebiti. Vgl. Hachenburg S. 322.

[33]) Stammler, Recht der Schuldverhältnisse, S. 29. Oertmann, Kom. S. 84, nimmt — wohl irrtümlich — lapsus calami bei Stammler an. Vgl. auch Stammler, Die Lehre vom richtigen Recht, S. 493.

[34]) Dernburg, B.R. II, 1, S. 199. Staub, Kommentar zum H.G.B. § 348 A. 22 S. 1067.

Setzen wir an ihre Stelle die aus dem abstrakten Vertrag seinem Begriff gemäß entspringende Obligation.

Diese[35]) kann zurückgefordert werden, wenn sie sine causa eingegangen wurde; jederzeit steht der Klage eine exceptio entgegen. Also soweit kondiziert, soweit kann exzipiert werden. Und soweit dies der Fall ist, kann man da nicht sagen, daß überhaupt keine Forderung besteht? Für das gemeine Recht waren Viele dieser Ansicht, vor allem Bähr[36]) selbst; für das B.G.B. ist es Kipp.[37])

Ähnlich Hellwig.[38]) Freilich weicht er gerade beim abstrakten Vertrag ab.[39]) „Auch wenn beide Personen identisch sind, ist der Anspruch des § 812 II insofern von selbständiger Bedeutung, als er auf Herausgabe des Papiers[40]) und auf Abgabe einer ausdrücklichen Befreiungserklärung gerichtet ist. Und zwar selbst dann, wenn die Schuld sonstwie aufgehoben wurde."

Die Begründung scheint mir nicht stichhaltig zu sein.

Die Rückforderung des Schuldscheins erfolgt unabhängig vom abstrakten Vertrag auf Grund des Abs. I, nicht II 812; und soll ein Liberationsanspruch bestehen auch nach Abweisung der Klage des Formalgläubigers, nachdem das Urteil konstatiert hat, daß eine Ver-

---

[35]) Cosack I S. 614: „Diese „Herausgabe" besteht darin, daß der Bereicherte dem Geschädigten die Verbindlichkeit erläßt, die darüber ausgestellte Schuldurkunde zurückgibt, und alles, was zur Erfüllung der Verbindlichkeit geleistet ist, erstattet." Dem kann nicht zugestimmt werden. Besonders bezüglich des Schlusses vgl. § 817.

[36]) S. 131, S. 241, S. 75, S. 141.

[37]) Windscheid-Kipp I S. 183. Vgl. Schwartz, Zivilprozeßreform, S. 153. Vgl. auch Brinz IV S. 398, I S. 369. Lenel a. a. O. S. 106 u. s. w.

[38]) Anspruch und Klagerecht S. 9.

[39]) a. a. O. S. 416.

[40]) Daß der Schuldschein hier zur Geltung kommt, ist besonders zu betonen, weil er manchmal unterschätzt wird, so von Bähr, der Feststellungsklage auf Echtheit und Unechtheit einer Urkunde nur zulassen wollte, wenn dieselbe Trägerin eines Rechtsverhältnisses, nicht, wenn sie lediglich Beweismittel ist (Struckmann-Koch, Zivilproz., S. 289). Das ist merkwürdig doktrinär und recht wenig praktisch. Es verwundert um so mehr, wenn man bedenkt, daß Bähr einen formlosen abstrakten Vertrag wollte. Dagegen betont schon mit Recht Vangerow Pand. III S. 333 § 612a die Bedeutung des Schuldscheins als eines „bloßen" Beweismittels. Vgl. auch Oertmann, Deutsche Juristen-Zeitung 1902, S. 105.

bindlichkeit nicht besteht?[41]) Soll trotzdem noch das „Recht an sich", die „ipso-iure-Gültigkeit des Aktes"[42]) eine Bedeutung, eine reale praktische Bedeutung haben, nicht eine bloß fiktiv dogmatische?

Ja, wenn es sich verhielte mit dem promissum wie mit dem datum, wenn die condictio promissi nur relative Wirkung hätte, wie die condictio dati! Das aber ist im B.G.B. so wenig wie im römischen Recht der Fall. Wohin auch die angebliche Forderung gerät, in die tausendste und bestgläubige Hand — sie bleibt, was sie war! Von einer Ausscheidung des Krankheitsstoffes ist keine Rede. Ist die sogenannte abstrakte Forderung krank, so kann sie nie gesunden.[43]) Man hat das behauptet, aber ohne Grund.[44])

Bei den Papieren öffentlichen Glaubens, insbesondere beim Wechsel, liegt die Sache ganz anders. (S. oben!)[45]) Man kann

---

[41]) So auch schon Bähr S. 199. Vgl. auch Hellwig, Anspruch, S. 14 A. 24a.

[42]) Oertmann, Das abstrakte Geschäft, S. 12.

[43]) Mindestens kann dem Zessionar der „abstrakten" Forderung jegliche Einrede gegen den Zedenten entgegengehalten werden. So auch Oertmann, Deutsche Juristen-Zeitung 1902, S. 106. Nicht zustimmen kann ich jedoch, wenn Oertmann a. a. O. meint: „aber mit der Frage der Gültigkeit der Forderung hat das natürlich nichts zu tun." Das Retentionsrecht kann das m. E. nicht stützen. Es ist dilatorisch, s. auch § 274. Daß es im übrigen mit der Entstehung der Forderung zusammenhängt (273 „dasselbe rechtliche Verhältnis"), ist hier gleichgültig. Bezüglich peremtorischer Einreden ist auf die früheren Ausführungen zu verweisen. Gibt es nun auch eine condictio gegen den Zessionar? Nur im Umfange des 822? Oertmann verneint die condictio außerhalb des 822. Gibt es eine Feststellungsklage gegen den „Zessionar"? Hellwig, Anspruch, S. 11, verwirft eine Feststellungsklage, „daß der Anspruch bestehe, daß ihm aber eine Einrede entgegenstehe"; sie sei vielmehr auf Feststellung des Nichtbestehens der Schuld zu richten und das Urteil habe keinen andern Inhalt als dasjenige, welches auf die (unbegründete) Klage des Gläubigers hin ergeht. Vgl. auch S. 416: „Ebenso verlangt der Beklagte zweimal dasselbe, wenn er beantragt: 1. die auf Verurteilung gerichtete Klage als unbegründet zurückzuweisen und 2. das Nichtbestehen des Anspruchs auszusprechen."

[44]) Dagegen Dernburg, B.R. II, 1, S. 199 A. 1.

[45]) Vgl. Dernburg, B.R. II, 2, S. 287, S. 320, 322: Daraus ergibt sich, daß die von Oertmann, D. J.-Z. 1902, S. 107, aus der Dernburgschen Lehre vom „unsittlichen" „abstrakten" Geschäft gezogenen Konsequenzen bezüglich des Wechsels und (B.R. II, 1, S. 344) Inhaberpapiers mit Dernburg selbst nicht übereinstimmen. Die Gründe sind weiter oben angedeutet. Das gilt auch gegen Leonhard, Allgem. Teil, S. 379, und Enneccerus I S. 247.

sagen: Der Beklagte muß den Mangel der causa vorbringen. Gewiß, aber das beweist nichts. Auch der Inhalt des 518, 656, 762 ist vom Beklagten vorzubringen (abgesehen von dem Fiktionsfall, daß Kläger sie selbst vorbringt). Steht es anders mit Simulation, Bewußtlosigkeit, Scherz ꝛc.?[46])

Ist die Kondiktion nicht Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses? Das hat — freilich auch für das datum! — Kindel behauptet. Oertmann (a. a. O. S. 13) meint: Das sei ein Widerspruch. Begrifflich ist das richtig. Bei der Kondiktion besteht eine Forderung, bei der Nichtigkeit nicht. Aber wo besteht die Forderung? Ich glaube, in der Konstruktion, und diese Konstruktion ist eine Fiktion.[47]) Selbst Bähr (S. 79) spricht von Nichtschuld (und qualifiziertem Gegenbeweis, weil ihm der einfache zu einfach war).

Man kann das auf folgende Formel bringen:

Die sine causa begründete Verpflichtung kann kondiziert werden, insoweit kann exzipiert werden, insoweit besteht keine Verpflichtung, also ist die Verpflichtung, die kondiziert werden kann, keine.

Hier zeigt sich die ganze Hohlheit des Baues: Die kausalose abstrakte Forderung ist etwas, was ist und nicht ist, zu gleicher Zeit. Ein logischer Widerspruch besteht, aber auch nur ein logischer, fiktiv dogmatischer, kein praktischer.[48])

---

[46]) Vgl. Brinz IV S. 402. Bähr S. 212. Vgl. auch Crome, System II, S. 912. Enneccerus S. 785.

[47]) Salkowski, Zur Lehre von der Novation 1866, S. 7: „Das debitum, die geschuldete Leistung, verkörpert sich hier (bei den auf dare gerichteten Obligationen) gewissermaßen zur res debita, zum geschuldeten Vermögensobjekte. Dieses Objekt, in Beziehung auf welches der Wille des Schuldners gebunden ist, scheidet in Gedanken schon jetzt aus seiner Willenssphäre aus und geht in die des Gläubigers über." Man denke an verkaufte und noch nicht gefangene Seefische. Vgl. oben Bährs „fingierte Baarbezahlung".

[48]) Vgl. Schloßmann, Zur Lehre von der Causa, S. 75: „Auf welche Weise die causa prozessualisch zur Geltung gebracht wird, ist gleich; sie wird doch einmal zur Geltung gebracht." Vgl. Dernburg, B.R. II, 1, S. 198. Diese „Obligation" ist merkwürdig. Die Obligation besteht in der Leistungspflicht des Schuldners. Der „Schuldner" hier ist verpflichtet, zu leisten, jedoch ist er zugleich immer berechtigt, und zwar wegen der mangelhaften Ent-

Ob der Formalschuldner auf Feststellung klagt und seinen Schein zurückfordert, ob auf Liberation (894 Z.P.O.) und seinen Schein zurückfordert, dürfte wohl auf dasselbe hinauslaufen. Eine Abweisung der Feststellungsklage, weil eine Leistungsklage auf Liberation hätte angestellt werden müssen, ist wohl kaum zu besorgen. Umgekehrt: Begrifflich ist bei der „Leistungs"klage auf Liberation der Beweis des „abstrakten" Versprechens erforderlich, sonst kann nicht kondiziert werden. Soll wirklich abgewiesen werden, weil nicht Kondiktion, sondern Feststellungsklage hätte angestellt werden müssen?[49])

Hat die condictio nun Bedeutung nach 814, nämlich soweit condictio versagt wird?

Angenommen A. will dem B. schenken: er behauptet, er sei dem Erblasser des B. 1000 schuldig und gibt darüber einen „abstrakten" Schuldschein.

Ein Schenkungsversprechen im Sinne des § 518 auch 516 liegt nicht vor.[50]) So könnte man geneigt sein, „condictio" und exceptio zu versagen. Formal konsequent wäre es.[51])

Dagegen möchte ich folgendes geltend machen. Die Absicht des § 518 geht dahin, den Schenker vor Leichtsinn zu schützen, darum die Form des 518: es wird Beurkundung des **Versprechens** gefordert. Das trifft auch hier zu.[52]) Ähnlich selbst Bähr für das römische Recht. Vgl. auch donasse videtur.[53])

Ein weiterer Grund greift Platz. In dem Festhalten an dem abstrakten Vertrag, auch für den Fall der Kausalosigkeit läge der

---

stehung, die Leistung zu verweigern. Der Gläubiger kann fordern, kann Leistung verlangen, — aber er bekommt nichts. Die reine Tantalusobligation!

[49]) Vgl. dazu Hellwig, Anspruch, S. 11, S. 416, s. oben.

[50]) Weil kein Vertrag vorliegt, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird. Vgl. Burckhard, Über Schenkungsannahmen, S. 4. Meyerfeld, Die Lehre von den Schenkungen I, S. 42. Brinz, 1. Aufl. II S. 1542.

[51]) So auch Enneccerus I S. 785.

[52]) Vgl. auch Bähr S. 70. Der einseitige Schenker (Burckhard a. a. O. S. 4, 5; vgl. auch Voigt, condictiones, S. 579) bedarf desselben Schutzes wie der Vertragsschenker.

[53]) Vgl. Bähr S. 215.

animus eventualis beschenkt zu werden, wie Kipp[54]) schon ausgeführt hat.[55])[56])

Bei wirklicher Leistung hat die condictio indebiti, bez. ihr Ausschluß wirklichen Grund.

Sehen wir von der Naturalobligation ab, so ist festzustellen:

Im Falle des Mangels der causa wird eine Verpflichtung auch durch das „Schuldversprechen" und „Schuldanerkenntnis" nicht begründet,[57]) oder in der fiktiven Sprech- und Denkweise des Gesetzes: Der abstrakte Vertrag sine causa kann kondiziert, einer Klage aus ihm exzipiert werden. Es heißt nicht, wie Crome[58]) behauptet, solve et repete!

Haben wir bisher in den Bestimmungen des Gesetzes fiktive Sprache und Konstruktion gefunden, so war wenigstens im ganzen Konsequenz darin, bei aller blutleeren Abstraktion.

Anders steht es mit 817. Hier kommt zu dem Übrigen ein krasser Widerspruch.

Nach 138 ist ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig, nach 817 kann es vom fiktiv Leistenden zurückgefordert werden. Das ist der begriffliche Widerspruch zwischen Nichtigkeit und Kondiktion.

Dieser Ansicht sind

Dernburg,[59]) Crome,[60]) Hachenburg,[61]) Lotmar,[62]) Staub.[63])[64])

---

[54]) Parteienwille S. 11. Vgl. Bähr S. 110/111. Burckhard a. a. O. S. 19.

[55]) Das ist von besonderer Bedeutung im Konkurs und bei pflichtwidrigen „Schenkungen" im Erbrecht.

[56]) Vgl. auch die Ausführung Hesses, Über Wesen und Arten der Verträge, S. 369.

[57]) Vgl. Dernburg, B.R. II, 1, S. 198.

[58]) System I S. 332. Vgl. auch Seuff. A. 45 Nr. 89.

[59]) B.R. II, 1 S. 199, 200.

[60]) System II S. 917, 918.

[61]) Vorträge S. 323.

[62]) Der unmoralische Vertrag S. 63.

[63]) H.G.B. § 350 S. 1087, 1088.

[64]) Vgl. auch Cosack I S. 583; Klingmüller, Der Begriff des Rechtsgrundes, S. 84.

Dagegen: Enneccerus,[65]) Leonhard,[66]) Oertmann,[67]) Stammler.[68])

Die Gegner Dernburgs operieren mit dem Begriff des „abstrakten" Geschäfts. Man meint, ein abstraktes Geschäft könne nicht gegen die guten Sitten verstoßen, weil es — abstrakt sei.[69]) Ferner: das abstrakte Geschäft könne nicht gegen die guten Sitten verstoßen und deshalb nichtig sein — weil das mit dem Wortlaut des 817 nicht stimme. Es fände sich dann ein Widerspruch im Gesetz. In der Tat — das ist der ganze Grund.

Man führt noch an: „Wollte man dagegen eine wahre Nichtigkeit bei den zu wucherlichen Zwecken erlangten Wechselschulden annehmen, so würde der redliche Verkehr mit derartigen Papieren schweren Schaden leiden. Auf abstrakte Geschäfte ist daher § 138 in seinem vollen Umfange unanwendbar."[70])

„Es ist die Ansicht aufgestellt, daß ... abstrakte Schuldversprechen (z. B. Wechsel) wegen Unsittlichkeit des Verpflichtungsgrundes nichtig seien."[71])

Bezüglich der Verkehrsobligationen ist auf das oben Gesagte zu verweisen. Von einer Schädigung des redlichen Verkehrs ist keine

---

[65]) I S. 247, I S. 785. Wie Enneccerus auch Eccius, Deutsche Jur.-Ztg. 1903, S. 42.

[66]) Allgem. Teil S. 379.

[67]) Oertmann, Kommentar zu § 817. Oertmann, Das abstrakte Geschäft (Österr. Gerichtszeitung 1897). Oertmann, Deutsche Juristenzeitung 1902, S. 105 ff. und dort Zitierte.

[68]) Stammler, Die Lehre vom richtigen Recht, S. 493: „Das abstrakte Eingehen einer Verbindlichkeit in den besonderen gesetzlichen Formen gilt als eine Vermögensleistung. Wie der Kaufmann die erhaltene Tratte in Haben bucht, so wird die Hingabe und Annahme seiner abstrakten Schuldurkunden bereits wie eine Zahlung mit Barmitteln behandelt. Darum findet auf sie nicht 138, sondern 817 ... mit Grund Anwendung. Hierbei ist vorausgesetzt, daß eine Leistung wirklich gemacht worden ist."

[69]) Vgl. Bähr S. 71, der hier schon eine „Ausnahme" von seinem „abstrakten" Vertrag annahm. S. auch S. 199: „Die Unabhängigkeit der auf die Urkunde gestützten Klage und Einrede von dem ursprünglichen Schuldgrund ist jedoch keine vollkommene" ꝛc.

[70]) Leonhard S. 379.

[71]) Enneccerus S. 247.

Rede. Außerdem: Der abstrakte Vertrag könnte sie nicht retten.[72]) Denn gäbe es „Zessionare", gäbe es auch die Einreden.

Umgekehrt kommt Leonhard infolge seines abstrakten Begriffs des „abstrakten" Vertrags zu dem Satze, daß hier ein Wucher eigentlich nicht möglich sei. Ähnlich Oertmann.

Dennoch aber meint Leonhard: „Ein Einrederecht gegen die des Wuchers schuldige Vertragspartei [das kann sie nach seiner eigenen Ansicht nicht sein] wird man aber dem Ausgebeuteten [den es nicht geben kann] auch hier durch erweiternde Auslegung der Vorschrift [nämlich § 138 II] gewähren können."

Also doch Wucher! Und doch Verstoß gegen § 138!

Und wie, wenn man mit Oertmann[73]) annimmt, daß der „Wechsel selbst als Äquivalent gegen die vom Wucherer zu zahlende Valuta gewissermaßen ausgetauscht" wird? „Alsdann bildet die Ausstellung und Hingabe des Wechsels selbst ein Stück des wucherischen Geschäfts."

„Sie (gewöhnliche Schuldversprechen und Inhaberschuldverschreibungen) sind also nichtig, soweit ihre Ausstellung selbst als direkter Bestandteil des wucherischen Geschäfts anzusehen ist. Werden sie aber auf eine bereits perfekt abgeschlossene wucherische causa hin nachträglich ausgestellt, so greifen die Regeln über ungerechtfertigte Bereicherung Platz." Soll wirklich die „Zeit" von solcher Bedeutung sein? Und sollen wirklich wucherische[74]) „Wechsel" und „Inhaberschuldverschreibungen" „nichtig" sein mit Wirkung gegen Dritte? Spiel- und Differenzspiel-Wechsel? Das wäre nicht haltbar. Inhaberpapiere und Wechsel, die Wertpapiere öffentlichen Glaubens, müssen ausscheiden. Ihre Hereinziehung kann die Sachlage nur verwirren. Die Frage ist: Kann ein „Schuldversprechen" (780) oder „Schuldanerkenntnis" (781) gegen die guten Sitten verstoßen, nach 138 nichtig sein?

Diese Frage ist unbedingt zu bejahen.

Daß die causa mindestens wie ein Motiv wirken muß, ist klar. S. oben.

---

[72]) Vgl. auch Staub, W.O. § 33 zu Art 82.

[73]) Deutsche Jur.Zeitung 1902 S. 108.

[74]) „wucherisch" im Sinne der angeführten Darstellung.

Die Abstraktheit ruht nach dem Gesetz auf dem Willen der Parteien. Das angenommen — können die Parteien zwingendes Recht umgehen, dadurch daß sie den Schuldgrund nicht in die Urkunde aufnehmen? Oder daß sie von ihm „abstrahieren"?

Mit Recht sagt Kipp:[75]) „eine Vermögensleistung so zu bewirken, daß nach ihrem Rechtsgrunde gar nicht solle geforscht werden können, ist absolut unmöglich". „Das Gesetz kann sich von den Parteien das Forschen nach dem Rechtsgrunde der Leistung nicht untersagen lassen, weil es Vorschriften aufstellt, mit welchen es die Vermögensgeschäfte von der Seite ihres Rechtsgrundes treffen will."[76])

Daß das abstrakte Geschäft nicht „ganz" unabhängig von der causa ist, müssen auch die Gegner zugeben.[77]) Auch Enneccerus[78]) läßt das Schuldversprechen nur „zunächst" von der causa unabhängig sein. Wie kann man dann sagen, daß es nicht gegen die guten Sitten verstoßen könne? Daß es dagegen verstoßen könne, geht auch aus dem Wortlaut des 817 selbst hervor: hier ist anerkannt, daß der Zweck einer Leistung das Verhältnis zu den guten Sitten bestimmt, und daß ein solcher Zweck bei jeder Leistung, auch bei der „fiktiven" Leistung bestehen kann, daß also die „Eingehung der Verbindlichkeit" gegen die guten Sitten verstoßen kann. Wegen Verstoßes gegen die guten Sitten soll die fiktive Leistung zurückgefordert werden können, — nach dem Wortlaut des Gesetzes — und doch soll sie nicht gegen die guten Sitten verstoßen können? Wie soll man das zusammenreimen?

Aber sehen wir davon ab!

Die Gegner kommen, was auch nicht bedeutungslos ist — noch zu folgenden Resultaten:

Über Spielschulden (2c.) gibt es keinen abstrakten Vertrag; ist die causa gerichtskundig, so wird von Amts wegen abgewiesen. Hat dagegen A den B zum Mord gedungen und ein Schuldversprechen gegeben, so ist die Obligation „an sich" gültig; es bedarf der condictio und exceptio. Geht das Verhältnis aus der Klage selbst

---

[75]) Parteiwille, S. 11, 12.

[76]) Vgl. Crome, System II, S. 917, I S. 342, I S. 70 Anm. 25. Hesse, Über Wesen und Arten der Verträge, S. 207, vgl. auch S. 364.

[77]) Vgl. Oertmann, D.J.Z. 1902, S. 106.

[78]) I S. 785.

hervor, so schadet das garnichts! Ja, konsequent, selbst dann nicht, wenn der Schein etwa so lautet: „Ich habe den B zum Morde gedungen und ihm dafür 1000 versprochen. Diese 1000 verspreche ich ihm hiermit „selbständig"".

„Ein zum Zweck der Erfüllung einer Spiel- oder Wettschuld abgegebenes Schuldversprechen ... begründet keine klagbare Forderung, ... weil sonst die Vorschrift über Klaglosigkeit derartiger Verträge allzuleicht illusorisch gemacht werden könnte."[79])

Und die zwingende, fundamentale Vorschrift des § 138?[80])

Sind jene Bestimmungen (656, 762 [518]) wirklich nur „Ausnahmen"?[81]) Oder gar Bestätigungen für die gegnerische Ansicht?[82])

Das alles ist nicht haltbar, schon nach dem Wortlaut des 817, abgesehen von allen höheren Prinzipien. 817 und 138 stehen in unversöhnbarem Widerspruch miteinander,[83]) 138 geht vor.

Daran ist festzuhalten.

Wichtiger als dies noch erscheint mir der Widerspruch des 817 gegen das Prinzip, daß niemand eine Klage auf eigene Unsittlichkeit stützen kann.

Nach dem Wortlaut des 817 kann der gegen die guten Sitten verstoßende Leistende den abstrakten Vertrag kondizieren, er kann also klagen, er kann vom Richter verlangen, daß derselbe ihm seine Gemeinheit bescheinigt und ihn so sicher stellt gegen alle etwaigen unangenehmen Folgen. Ein englischer Richter würde solche Klage mit Verachtung zurückweisen und den Rechtsanwalt in Strafe nehmen.[83a]) Soll unser Richter in die Kaschemme niedersteigen?

Gibt es eine Feststellungsklage? Konsequent ja! So auch Lotmar.[84]) Freilich: wo bleibt das „rechtliche" Interesse?

---

[79]) Enneccerus I S. 785.

[80]) Vgl. Klingmüller, Der Begriff des Rechtsgrundes, S. 86.

[81]) Enneccerus a. a. O.

[82]) Oertmann, D.J.Z. 1902, S. 106.

[83]) Gegen die Unterscheidung von Oertmann, D.J.Z. 1902, S. 106, s. Enneccerus I S. 247.

[83a]) Contempt of court!

[84]) a. a. O. Oertmann, Das abstrakte Geschäft, S. 13.

Ich möchte die Klage versagen. Die Klage ist ein Rechtsgeschäft, und darf nicht gegen 138 verstoßen. Überhaupt geht dessen Inhalt weit über das Privatrecht hinaus, wie aus Art. 30 erkennbar ist.[85]) Die von einem Völkerrechtsgenossen, einem souveränen Staate gesetzten Normen, die gegen unsere Kultur verstoßen, erkennen wir nicht an, und da sollten wir die auf eigene Unsittlichkeit gestützte Klage eines Untertanen zulassen?[86])

So hätten wir denn den § 817, diesen verschnörkelt gedachten und formulierten Paragraphen in doppelter Hinsicht gebrochen.

Erscheint es nicht geradezu unverständlich, daß er in das Gesetz kam?

Man ging folgenden Gedankengang: Man wollte den gemeinrechtlichen Satz non soluti non datur actio, nec soluti condictio ins B.G.B. einführen. Man wollte also die Rückforderung des Geleisteten ausschließen. Da kam plötzlich der Gedanke, daß nach der Idee des abstrakten Vertrages und des § 812 (B.G.B.) das abstrakte Versprechen eine „Leistung" darstellt, und daß die Praxis auf den unglücklichen Gedanken verfallen könne, einem solchen „abstrakten" Vertrag Klagbarkeit zu verleihen. Dem entspricht auch die Ausführung bei Planck (II S. 590): „Hiernach würde der Schuldner an sein Versprechen gebunden sein. Das Gesetz kann aber einen solchen dem Geiste der Rechtsordnung widersprechenden Anspruch nicht anerkennen." § 656, 762 werden „ähnliche" Verhältnisse genannt.

Die Motive II, 693: „Nach den Vorschriften des § 743 Nr. 1 und des 747 Satz 3 würde der Schuldner, wenn auch die Voraussetzungen der condictio ob rem oder ob turpem causam vorliegen, gleichwohl an das Versprechen gebunden bleiben, sofern ihn der Vorwurf träfe, durch Erteilung des Versprechens gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen zu haben. Diese Konsequenz wäre unbefriedigend. Da der Schuldner effektiv noch nicht reell geleistet [wie gepreßt dieses Geständnis lautet!], sondern nur künftig zu leisten versprochen hat, muß es bei dem Grundsatz verbleiben, daß der Gläubiger, welchem wegen des Empfanges des Versprechens eine

---

[85]) Vgl. Steinbach, Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung, S. 100.

[86]) S. weiter oben!

turpitudo zur Last fällt [wie ist das nach dem „abstrakten" Vertrag der Motive möglich?], mit dem Anspruche auf Erfüllung kein Gehör findet, gleichgültig, ob der Schuldner sich gegen diesen Anspruch verteidigt oder sonst behufs seiner Liberierung klagend auftritt." Das Alles ist vom Standpunkt des E. I aus wegen seines § 106 („Inhalt des Rechtsgeschäfts")[87] begreiflich, freilich darum noch nicht berechtigt. Aber immerhin, es war „logisch". Anders dagegen steht es nach E. II. Hier hat man die Vorschrift aus § 684 E. I und 817 B.G.B. übernommen, und dabei die Veränderung des § 106 E. I in § 138 B.G.B. vergessen. Das ist das ganze Geheimnis. Die Bestimmungen der §§ 656, 762 B.G.B. seien nur erwähnt.

Man wollte römisches Recht kopieren: Das hat man beim sog. abstrakten Vertrag und der entsprechenden Kondiktion zu Unrecht getan, hier aber hat man es zu Unrecht nicht getan. Die Römer sagen: stipulatio nullius momenti est, sie geben auch eine exceptio bei causa turpis oder illicita, aber sie geben keine condictio, wie Girard[88] und Windscheid[89] betonen.

Bähr freilich war anderer Ansicht. Condictio und exceptio entsprechen sich nicht, was die Verfasser des Gesetzes mit Bähr angenommen haben. Die condictio ist nicht die Voraussetzung der exceptio, wie Bähr gegen Gneist und jede geschichtliche Entwicklung behauptet hat; das B.G.B. erst hat sie dazu gemacht.

So sah man sich vor der Alternative: entweder man gibt eine condictio oder der sog. abstrakte, gegen die guten Sitten verstoßende Vertrag ist sonst vollgültig.

Beides ist falsch und unrömisch.

Damit bin ich am Ende meiner Ausführungen.

---

[87]) Oertmann, D.J.Z 1902, S. 106, meint mit Unrecht: „während die §§ 134 und 138 nur solche Geschäfte verwerfen, die in sich, ihrem Inhalt nach, verbots- oder sittenwidrig sind, nicht auch solche, bei denen allein der zu ihnen Anlaß gebende Kaufakt einen derartigen Charakter hat." Enneccerus (I S. 247) ähnlich: „Das Erfordernis des § 138, daß das Geschäft selbst gegen die guten Sitten verstoße, liegt also hier nicht vor."

[88]) Droit Romain S. 454.

[89]) Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, S. 303 A. 39.

§ 4.

Das Resultat ist kurz:

Es sind zu scheiden:

Verfügungen und Verpflichtungen.

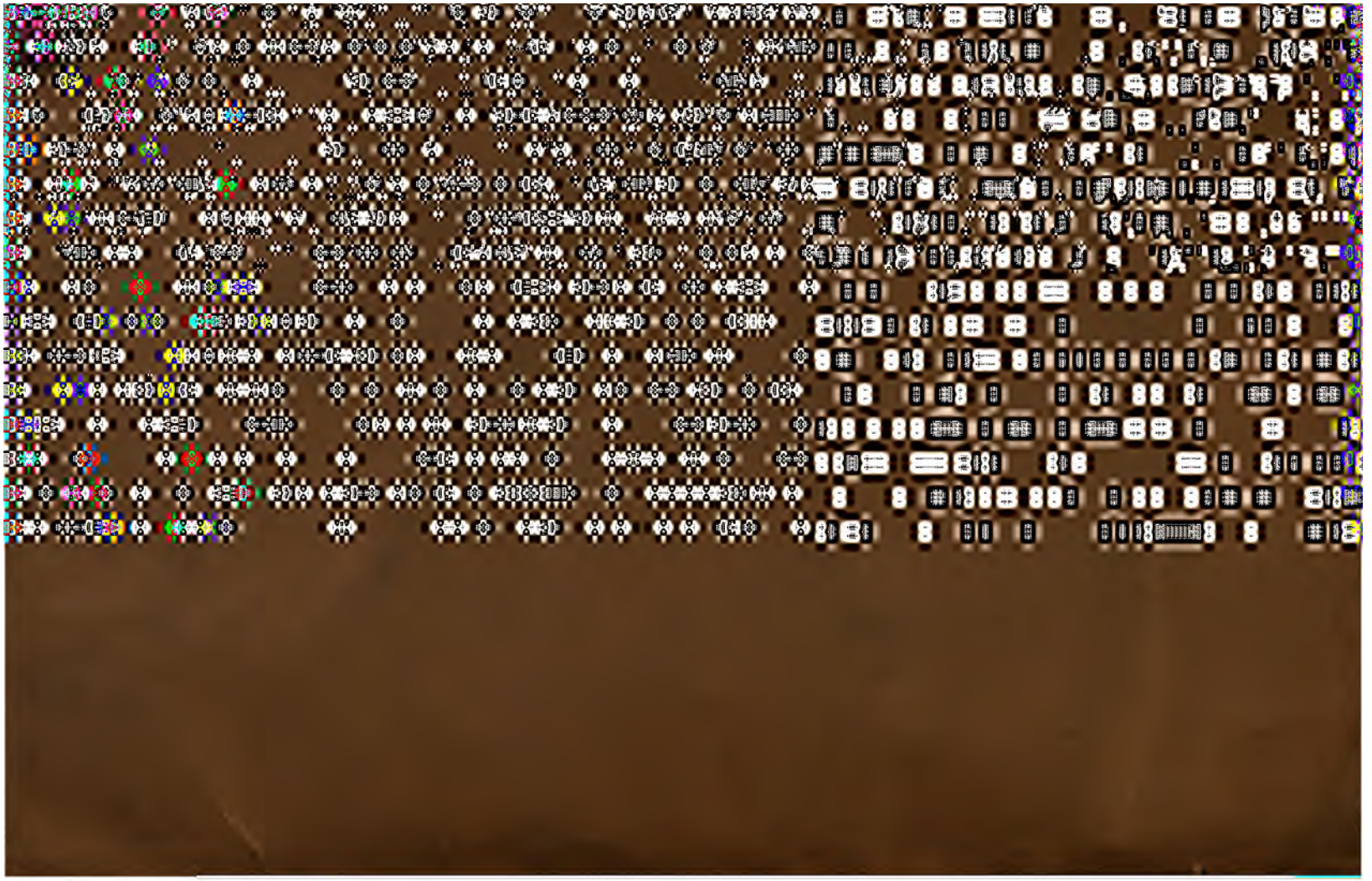
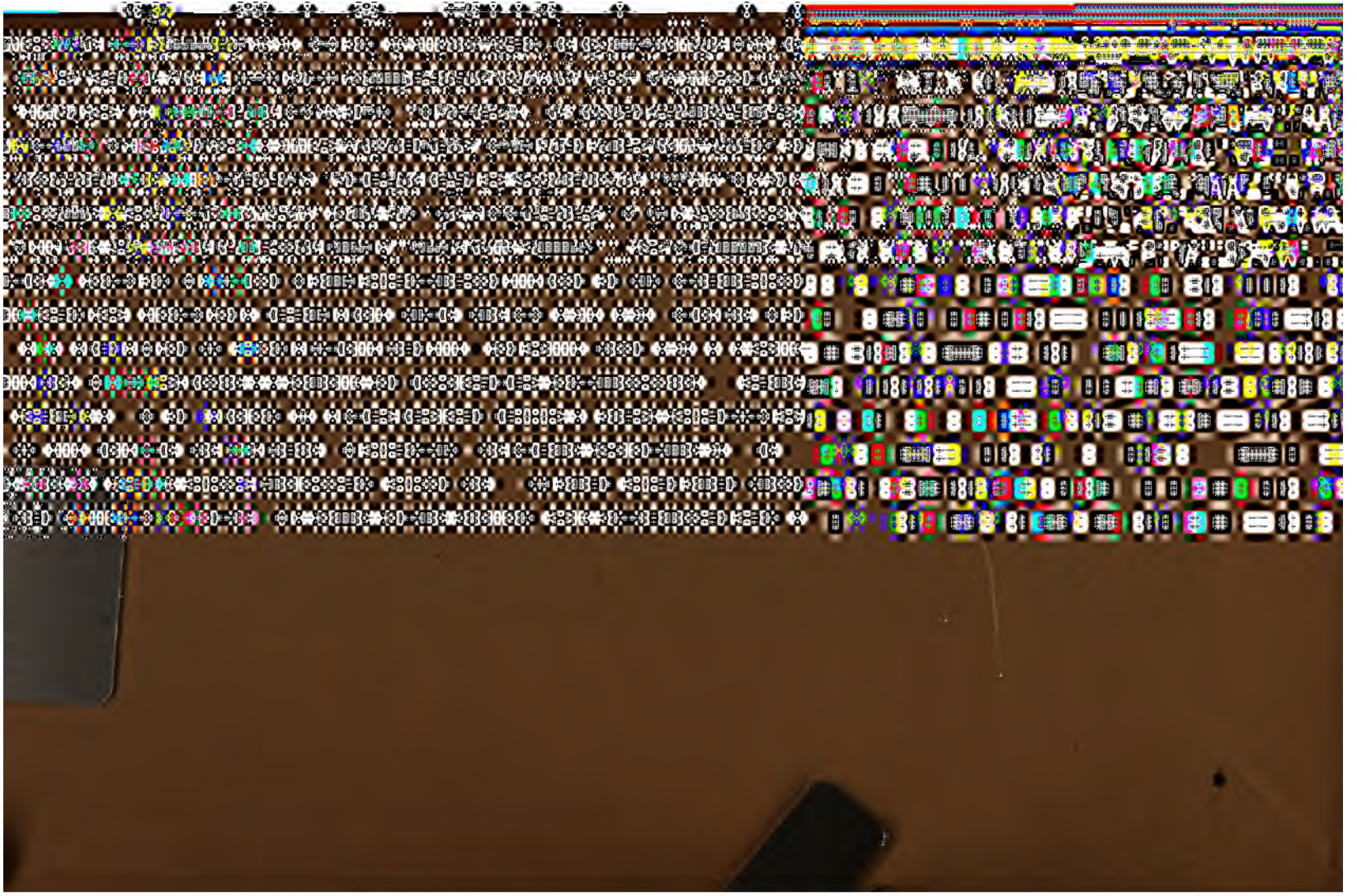
I. Verfügungen sind abstrakt. Das war nicht nötig und nicht berechtigt. Mit Rücksicht auf die condictio ob turpem causam sind zu scheiden:
   1. Realverfügungen und
   2. reine Willensverfügungen.

II. Die Verpflichtungsakte dagegen sind nicht abstrakt im materiellen Sinne. Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis sind abstrakt gedacht, sind es aber nicht in Wirklichkeit.

Sie sind dagegen prozessualisch abstrakt: sie genügen, ihrem Begriffe nach, kaum nach der positiven Gestaltung, als Klagfundament und geben Beweisstellung. Sie geben also eine abstrakte Schuldklage. Damit wird eingelenkt in die von Bähr zerrissene geschichtliche Entwicklung und Konformität mit den anderen europäischen Kulturrechten erreicht.

Gibt es zwar keine abstrakten obligatorischen Verträge, so gibt es doch abstrakte Obligationen und zwar auf dem Gebiete der Wertpapiere öffentlichen Glaubens, wenn zu Vertrag und Form der öffentliche Glaube als abstrahierender Faktor hinzutritt.

Hier fordert sie das moderne Verkehrsbedürfnis, hier allein sind sie berechtigt, und hier allein existieren sie auch.

Ex J. H.
6/10/10

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.